

VU Research Portal

Over grenzen bij bewijsvergaring

Hirsch Ballin, M.F.H.

2018

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Hirsch Ballin, M. F. H. (2018). *Over grenzen bij bewijsvergaring: Grondslagen voor geïntegreerde normering van strafrechtelijke bewijsvergaring*. Boom juridisch.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

OVER GRENZEN BIJ BEWIJSVERGARING

Grondslagen voor geïntegreerde
normering van strafrechtelijke
bewijsvergaring

Marianne Hirsch Ballin

Criminaliteitsbestrijding en veiligheid zijn geen beleidsterreinen voor alleen het strafrecht. Steeds meer wordt gekozen voor een geïntegreerde aanpak: door inzet van bevoegdheden, sancties en maatregelen met een grondslag in verschillende rechtsgebieden en door intensivering van de internationale samenwerking. Dit geldt speciaal voor de bestrijding van terrorisme, cybercrime, ondermijning en financieel-economische criminaliteit. Bewijsvergaring is hier een gezamenlijke taak voor meerdere autoriteiten geworden.

Bewijsvergaring gaat over grenzen heen: over de grenzen van rechtsgebieden en over de grenzen van het eigen territorium. In deze rede wordt betoogd dat dit gepaard moet gaan met normatieve integratie van de bewijsvergaring. Transnationaal gedeelde beginselen moeten bij het gebruik van bewijs in strafzaken een menswaardige strafrechtstoepassing kunnen verzekeren. Normatieve integratie van de bewijsvergaring komt aan de effectiviteit van de aanpak ten goede en voorkomt dat er een bres wordt geslagen in de waarborgfunctie van de normering.



OVER GRENZEN BIJ BEWIJSVERGARING

OVER GRENZEN BIJ BEWIJSVERGARING

Grondslagen voor geïntegreerde normering
van strafrechtelijke bewijsvergaring

Rede in verkorte vorm uitgesproken bij de aanvaarding van
het ambt van hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de
Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit
Amsterdam op vrijdag 12 oktober 2018

Marianne Hirsch Ballin

Boom juridisch
Den Haag
2018

Omslagontwerp: Textcetera, Den Haag

Opmaak binnenwerk: Textcetera, Den Haag

© 2018 M.F.H. Hirsch Ballin | Boom juridisch

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprerecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprerecht.nl). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.stichting-pro.nl).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 978-94-6290-550-4

ISBN 978-94-6274-939-9 (e-book)

NUR 824

www.boomjuridisch.nl

INHOUD

1	Inleiding	7
2	Bewijsvergaring over grenzen en het strafprocesrecht	13
2.1	Bewijsvergaring over grenzen van rechtsgebieden	13
2.2	Bewijsvergaring over grenzen van het territoir	19
2.3	Doelstellingen van het strafprocesrecht in 2018	24
2.4	Toekomstbestendig strafprocesrecht	30
2.5	Recapitulatie en nadere problematisering	36
3	Grondbeginselen en de begrenzing van bewijsvergaring	39
3.1	Nadere karakterisering van de grondbeginselen	39
3.2	Integriteit van het proces	42
3.3	De onschuldpresumptie	47
3.4	De bescherming van de persoonlijke levenssfeer	53
3.5	Proportionaliteit	58
4	Normering van bewijsvergaring over grenzen	61
4.1	Hoe wordt integratie in de fase van bewijsvergaring bereikt?	61
4.2	De bevoegde autoriteit	62
4.3	Toetsing van de bewijsvergaring	65
4.4	Sanctionering van onrechtmatigheden	73
4.5	Conclusie	80
5	Slot	83

1 INLEIDING*

Criminaliteitsbestrijding en veiligheid zijn geen beleidsterreinen voor het strafrecht alleen. Steeds meer wordt gezocht naar een combinatie van mogelijkheden om criminaliteit tegen te gaan en de veiligheid te verbeteren. Bepaalde vormen van criminaliteit vragen om een multidimensionale geïntegreerde aanpak. Met een samenstel van bevoegdheden, sancties en maatregelen kan tegelijk worden ingezet op preventie, beheersing en vergelding.

Zo'n geïntegreerde aanpak is onder andere tot ontwikkeling gekomen bij de bestrijding van fiscale fraude en andere financieel-economische criminaliteit. Om deze vormen van criminaliteit te bestrijden wordt gebruikgemaakt van een combinatie van bevoegdheden van toezichthouders,¹ bijzondere opsporingsautoriteiten zoals de FIOD en het openbaar ministerie. Er kan worden gereageerd met bestuurlijke (herstel)sancties en maatregelen, met bestuurlijke boetes en met het instellen van strafvervolging.² Soms wordt hiertussen een keuze gemaakt,

* Dank aan Lonneke Stevens en Simon Minks voor hun waardevolle opmerkingen bij een concept van deze tekst.

1 Denk daarbij aan de Belastingdienst, Douane, DNB, AFM, NZA en Financial Intelligence Unit (FIU).

2 Waaronder ook de afdoening door middel van een transactie (of strafbeschikking). Een voorbeeld is de door ING geaccepteerde transactie van 775 miljoen euro ter afdoening van de strafrechtelijke vervolging voor jarenlange en structurele overtreding van de Wet ter voorkoming van witwassen en financiering van terrorisme (Wwft) en schuldwitwassen. Exemplarisch is bovendien dat het gaat om een samenspel met de bestuursrechtelijke toezichthouder DNB: DNB heeft parallel aan het strafrechtelijke traject formele maatregelen getroffen en houdt verscherpt toezicht op de naleving van het door ING aangepaste compliance-beleid. Zie het persbericht van het openbaar ministerie van 4 september 2018: www.om.nl/actueel/nieuwsberichten/@103953/ing-betaalt-775/.

maar steeds vaker wordt gewerkt met een combinatie van reacties. Bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving zijn dan ook in het handhavingsbeleid steeds meer geïntegreerd.³ Dat wil zeggen: sancties en maatregelen die een grondslag hebben in van oorsprong te onderscheiden rechtsgebieden, worden gecombineerd. Die integratie gaat bovendien over de landsgrenzen heen. Om de internationale samenwerking te versterken hebben Nederland, Australië, Canada, het Verenigd Koninkrijk en de Verenigde Staten op 2 juli 2018 de 'Joint Chiefs of Global Tax Enforcement (J5)' opgericht. Dit is een samenwerkingsverband waarin onder meer informatie wordt gedeeld en gezamenlijke operaties worden uitgevoerd. Het zou de internationale bestrijding van zware fiscale en financiële criminaliteit, witwassen en cybercrime door gebruik van cryptovaluta moeten verbeteren.⁴ Ook is op 25 mei 2018 een nieuwe EU-richtlijn tot stand gekomen om met automatische inlichtingenuitwisseling agressieve grensoverschrijdende fiscale constructies tegen te gaan.⁵

Een tweede voorbeeld is het antiterrorismebeleid. Terrorisme wordt bestreden met een gecombineerde inzet van de bevoegdheden van inlichtingen- en veiligheidsdiensten, strafvorderlijke bevoegdheden en bestuursrechtelijke bevoegdheden, zoals

3 Lamp bepleit een geïntegreerd financieel sanctierecht als geïntegreerd rechtsgebied in zijn in 2014 uitgesproken oratie: R. Lamp, *Denken over toezicht en straf na de financiële crisis* (oratie VU 2014), p. 7 en 20, beschikbaar via: <https://research.vu.nl/en/publications/denken-over-toezicht-en-straf-na-de-financiële-crisis>.

4 Zie: www.fiod.nl/vijf-fiscale-opsporingsdiensten-verenigen-zich-in-strijd-tegen-internationale-fiscale-criminaliteit-en-witwassen/.

5 Richtlijn 2018/822 van 25 mei 2018 tot wijziging van Richtlijn 2011/16/EU wat betreft verplichte automatische uitwisseling van inlichtingen op belastinggebied met betrekking tot meldingsplichtige grensoverschrijdende constructies.

het opleggen van een gebiedsverbod, een uitreisverbod⁶ of het intrekken van een paspoort.⁷ Ook hier wordt een integrale aanpak nagestreefd.⁸ Bovendien vergt antiterrorismebeleid intensieve samenwerking met andere landen. Aanslagplegers kiezen hun doelen vaak buiten het eigen land en het bewijs dat ‘uitreizigers’ strafbare feiten hebben begaan, moet in het buitenland worden verkregen. Voor die internationale samenwerking zijn samenwerkingsverbanden opgericht zoals de Counter Terrorism Group (CTG), waaraan de inlichtingen- en veiligheidsdiensten van de landen van de Europese Unie (EU) en Noorwegen en Zwitserland deelnemen,⁹ naast de samenwerking tussen politieke en justitiële autoriteiten in de EU in het Europol CT Centre.¹⁰

Als derde voorbeeld noem ik de (concept)wetsvoorstellen ter bestrijding van ondermijning¹¹ en de ‘proeve van wetgeving’ van de Regioburgemeesters.¹² Daarin worden bestuurlijke

6 Op grond van de Tijdelijke wet bestuurlijke maatregelen terrorismebestrijding, *Stb.* 2017, 51. Voor een voorbeeld van een dergelijk gebiedsverbod zie: ABRvS 30 mei 2018, ECLI:NL:RVS:2018:1763.

7 Rijkswet van 5 maart 2016 tot wijziging van de Rijkswet op het Nederlandschap ter verruiming van de mogelijkheden voor het ontnemen van het Nederlandschap bij terroristische misdrijven, *Stb.* 2016, 121; Rijkswet van 10 februari 2017 tot wijziging van de Rijkswet op het Nederlandschap in verband met het intrekken van het Nederlandschap in het belang van de nationale veiligheid, *Stb.* 2017, 52.

8 Nota integrale aanpak terrorisme, toegezonden aan de Tweede Kamer bij brief van de Minister van Justitie en Veiligheid van 24 november 2017, *Kamerstukken II* 2017/18, 29 754, nr. 436.

9 Zie: www.aivd.nl/onderwerpen/terrorism/ct-infobox/internationale-samenwerking-contraterrorisme en CTIVD Toezichtsrapport 56 over de multilaterale gegevensuitwisseling door de AIVD over (vermeende) jihadististen (vastgesteld 7 februari 2018).

10 Zie: www.europol.europa.eu/about-europol/european-counter-terrorism-centre-ectc.

11 Ter uitvoering van de in het Regeerakkoord aangekondigde ondermijningswet.

12 Zie onder meer: Conceptwetsvoorstel herwaardering actuele delictsvormen met onder meer verruiming van de strafrechtelijke aansprakelijkheid voor

en strafvorderlijke bevoegdheden geïntroduceerd of verstevigd voor een geïntegreerde aanpak van ondermijning. Ook wordt voorzien in een duidelijk, geïntegreerd systeem van uitwisseling van gegevens.¹³ In het bijzonder bij de aanpak van (criminele) motorclubs, vaak actief in de grensgebieden, wordt intensief samengewerkt met België en Duitsland.¹⁴

Bij integratie van het optreden tegen criminaliteit en maatschappelijke onveiligheid gaat het dus om (1) integratie van bevoegdheden die in verschillende rechtsgebieden worden genormeerd, en (2) om integratie door intensivering van de internationale samenwerking. Op steeds meer terreinen wordt gekozen voor zo'n integrale aanpak. Dat geldt bijvoorbeeld ook nog voor de bestrijding van mensenhandel, (andersoortige) fraude en cybercrime, en voertuigcriminaliteit. De beoogde integrale aanpak is tegelijkertijd gericht op preventie, beheersing en waar nodig vergelding. Welke bevoegdheid op welk

deelneming aan een ernstig ondermijnende criminele organisatie en liquidatiegeweld, beschikbaar via www.internetconsultatie.nl/actueleidelictsvormen; wetsvoorstel wijziging Opiumwet (verruiming sluitingsbevoegdheid burgemeester), *Kamerstukken II* 2016/17, 34 763, nr. 2; het initiatiefvoorstel 'Wet bestuurlijk verbod rechtspersonen', beschikbaar via: www.internetconsultatie.nl/bestuurlijkverbodrechtspersonen. Voor een overzicht van alle lopende en aangekondigde voorstellen zie: *Kamerstukken II* 2017/18, 29 911, nr. 180 en 207. Voor de proeve van wetgeving van de Regioburgemeesters, zie: https://vng.nl/files/vng/brieven/2018/attachments/proeve_van_wetgeving_0.pdf.

13 Conceptwetsvoorstel gegevensverwerking door samenwerkingsverbanden (WGS), internetconsultatieversie beschikbaar via www.internetconsultatie.nl/wgs.

14 Voortgangsrapportage Outlaw Motorcycle Gangs 2017, Landelijk strategisch overleg integrale aanpak OMG's, LIEC, p. 22-23, beschikbaar via www.rijksoverheid.nl/binaries/rijksoverheid/documenten/rapporten/2017/07/06/tk-bijlage-ii-voortgangsrapportage-outlaw-motorcycle-gangs-2016/TK+Bijlage+II+Voortgangsrapportage+Outlaw+Motorcycle+Gangs+2016.pdf. Zie voorts de intentie van Nederland, België en Noordrijn-Westfalen om een Europees Ontwikkel- en Expertisecentrum op te richten: www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2018/05/17/nederland-belgie-en-duitsland-bundelen-bestuurlijke-kracht-tegen-criminelen.

moment wordt ingezet, hangt onder meer af van data-analyses en risicotaxaties.¹⁵ Die data-analyses en risicotaxaties zijn mogelijk doordat de betrokken autoriteiten en vaak ook private partijen intensief gegevens met elkaar uitwisselen, zowel nationaal als transnationaal.

Al deze ontwikkelingen brengen met zich mee dat vergaring van bewijs voor strafzaken niet langer beperkt blijft tot de uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden door Nederlandse opsporingsambtenaren onder verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie.¹⁶ Verschillende autoriteiten houden zich bezig met hetzelfde fenomeen en vergaren voor dat doel bewijs, en delen dat vervolgens met elkaar. Bewijsvergaring voor gebruik in strafzaken (en voor gebruik voor andere doeleinden, maar daarover heb ik het nu niet) wordt meer en meer een gezamenlijke taak van overheidsinstanties in bredere zin,¹⁷ die bovendien hun blikveld niet kunnen beperken tot het Nederlandse territorium. Bewijsvergaring gaat dus over grenzen: over de grenzen van rechtsgebieden en over de landsgrenzen. Wat dit te betekenen heeft voor de normatieve begrenzing van bewijsvergaring ten behoeve van het strafrecht, is het onderwerp van deze rede.

Juist die normering is van groot belang voor het daadwerkelijk realiseren van integratie. Het belangrijke streven naar integratie van inzet van bevoegdheden en sanctionering bij het tegengaan van ernstige criminaliteit en onveiligheid is nog geen

15 Zie voor een aantal voorbeelden: WRR, *Big Data in een vrije en veilige samenleving*, Den Haag/Amsterdam: Amsterdam University Press 2016, p. 52-61.

16 Vergelijk de artikelen 132a, 141, 148 en 149 Sv.

17 Dus ook inlichtingen- en veiligheidsdiensten, de IND, toezichthouders als de AFM, DNB, IGZ en decentrale overheden. Ook particulieren hebben steeds vaker een belangrijke rol in het verstrekken van informatie ten behoeve van de uitoefening van overheidsbevoegdheden. Omdat in deze rede de normering van de overheidsbevoegdheid tot bewijsvergaring centraal staat, laat ik de rol van particulieren hier verder rusten.

voltooide missie. Fragmentatie van de wijze waarop de te integreren bevoegdheden en sancties zijn genormeerd, staat voorts nog aan daadwerkelijke integratie in de weg.¹⁸ Die fragmentatie begint in de fase waarin het bewijs wordt vergaard, en werkt door in de fase waarin sancties en maatregelen, al dan niet complementair, worden opgelegd. Een daadwerkelijk geïntegreerde aanpak kan niet worden gerealiseerd zonder de nu nog sterke fragmentatie van de normering te overwinnen. Transnationale integratie wordt bovendien, in het bijzonder bij cybercrime en terrorisme, bemoeilijkt doordat onvoldoende kan worden samengewerkt met de landen waarin het benodigde bewijs zich bevindt.¹⁹ Ook in die gevallen is de samenwerking gebaat bij een gedeeld normatief kader voor bewijsvergaring. Dat is nodig voor een adequate bestrijding van cybercrime en terrorisme. Normatieve integratie heeft tot slot een belangrijke waarborgfunctie: waar men rechtsgebieden en rechtsstelsels gescheiden blijft benaderen, dreigt in de waarborgfunctie van de normering een bres te worden geslagen.

18 In een daadwerkelijk goed werkend geïntegreerd systeem zal nog wel veel moeten worden geïnvesteerd. Het bereiken van een goede samenwerking tussen eerder onafhankelijk van elkaar opererende instanties vergt tijd. Zie over de ontoereikendheid van de integratie op het (EU-)terrein van marktmisbruik: J.A.E. Vervaele, 'Enforcing the Market Abuse Regime', in: J.A.E. Vervaele (G. Fornasari & D. Sartori, red.), *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Università degli Studi di Trento, Quaderni della Facoltà di Giurisprudenza 2014, p. 57-96.

19 Vgl. Rapport van de Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018, p. 13-14 en 22; Chr. Paulussen & K. Pitcher, 'Prosecuting (Potential) Foreign Fighters: Legislative and Practical Challenges', *ICCT Research Paper*, January 2018, p. 26-30.

2 BEWIJSVERGARING OVER GRENZEN EN HET STRAFPROCESRECHT

Om een adequaat normatief kader te ontwikkelen voor bewijsvergaring over grenzen van rechtsgebieden en landsgrenzen heen, zet ik eerst een stap terug. Ik begin met een nadere duiding van het subject van onderzoek: waarom en op welke wijze wordt bewijs over grenzen vergaard? Wat betekent dat voor het strafprocesrecht? Hieruit zal volgen dat de wijze van vergaring van bewijs in strafzaken nogal is veranderd. Die verandering plaats ik vervolgens in het bredere perspectief van de doelstellingen van het huidige strafprocesrecht. Dat is nodig om te kunnen vaststellen in hoeverre normerende beginselen buiten het strafrecht betekenis hebben. Ik sluit deze paragraaf af met te schetsen hoe een toekomstbestendig strafprocesrecht kan worden bereikt. Daarbij gaat het erom hoe, gelet op de doelstellingen van het strafprocesrecht en de wisselwerking met andere rechtsgebieden en rechtssstelsels, een menswaardige strafrechtstoepassing kan worden gerealiseerd. Aan de daar geschetste benaderingswijze ligt een internationaal gedeeld, door principes gestuurd normatief kader ten grondslag, dat ook leidend zal zijn voor mijn toekomstig onderzoek naar strafprocesrechtelijke onderwerpen, net als voor mijn onderwijs daarover. De betekenis van dat normatieve kader voor de integratie van de normering van bewijsvergaring komt daarna, in de paragrafen 3 en 4, aan bod.

2.1 BEWIJSVERGARING OVER GRENZEN VAN RECHTSGEBIEDEN

Ten tijde van de totstandkoming van ons Wetboek van Strafvordering werd nog uitgegaan van een vrij overzichtelijk beeld

van het strafrecht: het wordt steeds ad hoc toegepast in een concreet geval als reactie op een normoverschrijding/strafbaar feit. Tegenwoordig vervult het strafrecht – zoals ik in de inleiding al illustreerde – meer en meer een rol in een groter geheel van reacties ter bestrijding van een maatschappelijk veiligheidsprobleem zoals fraude, financieel-economische criminaliteit, terrorisme, ondermijning en cybercrime.²⁰ Het gaat er niet alleen om dat wordt gereageerd op een gepleegd strafbaar feit, maar ook – wellicht vooral – dat een maatschappelijk veiligheidsprobleem wordt ingedamd. Het strafrecht biedt een van de manieren om dat te doen, naast handhavend en punitief bestuursrecht, de uitoefening van bevoegdheden door inlichtingen- en veiligheidsdiensten en de uitwisseling van informatie met relevante private partijen.²¹ Zo hebben het strafrecht, het handhavende en het punitieve bestuursrecht en het recht dat de uitoefening van de taken van de inlichtingen- en veiligheidsdiensten regelt (hierna: het nationale veiligheidsrecht) gedeeltelijk overlappende doelstellingen gekregen. Steeds meer dienen deze rechtsgebieden in samenhang een antwoord te bieden aan maatschappelijke criminaliteits- en veiligheidsproblemen.

Waar, gelet op de (strikt) te onderscheiden doelstellingen van rechtsgebieden, het eerst ging om de keuze tussen sanctiestelsels, gaat het in het huidige debat dan ook steeds vaker over de vraag in welke gevallen sanctiestelsels kunnen worden gecombineerd. Dat debat werd in Nederland aangezwengeld door het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State van

20 Maar bijvoorbeeld ook bij het tegengaan van recidivisme bij 'kleinere' overlastgevende criminaliteit in het kader van de Veiligheidshuizen.

21 Bijv. financiële instellingen, verzekeraars, zorginstellingen en scholen. Vgl. K. Rozemond, 'De droom van Beccaria. Over het strafrecht en de nodale veiligheidszorg', *Rechtsfilosofie & Rechtstheorie* 2010, afl. 2, p. 158 en 161-164.

13 juli 2015 inzake sanctiestelsels.²² In zijn reactie op dit advies van 26 april 2018 legde het kabinet de nadruk op de verantwoording, de evenredigheid en de evenwichtigheid van het bestuursrechtelijke of strafrechtelijke overheidsoptreden. Een altijd geldend beslis criterium voor een keuze tussen beide is niet te formuleren. In plaats daarvan moet worden geïnvesteerd in een overtuigende verantwoording van de keuze voor bestuursrecht, strafrecht of een combinatie van beide. Bepalend is de vraag of de betreffende keuze wel resulteert in evenredig overheidsoptreden.²³ De aandacht is dus verschoven van een keuze op grond van een strikt onderscheid tussen de doelstellingen van rechtsgebieden, naar de evenredigheid van het overheids-optreden. Noch in de kabinetsreactie, noch in het advies van de Raad van State kwam de rol van het una via-beginsel en van het ne bis in idem-beginsel aan de orde. Toch meen ik met Crijns en Van Emmerik dat het debat over keuze en samenloop tussen bestuurs- en strafrecht mede vanuit deze beginselen (waarbij het una via-beginsel in feite een uitwerking is van ne bis in idem) moet worden gevoerd.²⁴ Over de betekenis van die beginselen is het EHRM (in de zaak *A en B tegen Noorwegen*²⁵) en, ogenschijnlijk in navolging van het EHRM, het HvJ van de

22 Advies Afdeling advisering Raad van State d.d. 13 juli 2015 inzake sanctiestelsels, *Stcrt.* 2015, 30280. Zie voorts: L.J.J. Rogier, *Bestuursrecht of strafrecht. Instrumentaliteit of moraliteit?* (afscheidsrede Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014; B. van der Vorm, 'De keuze tussen strafrechtelijke en bestuursrechtelijke sanctionering en het criterium van de ernstige gedraging', *Proces* 2017, afl. 4, p. 267-280; het themanummer over de keuze tussen bestuurs- en strafrechtelijke handhaving van het tijdschrift *RegelMaat* 2017, afl. 5.

23 Zie: *Kamerstukken II* 2017/18, 347 75 VI, nr. 102, p. 2-3, 8-9 en 29.

24 Zie: J. Crijns & M. van Emmerik, 'Samenloop tussen strafrecht en bestuursrecht. Zoeken naar evenredige bestrafing', *NJB* 2018/749.

25 EHRM 15 november 2016 (*A en B t. Noorwegen*), app. nos. 24130/11 en 29758/11.

EU (in de zaak *Menci*²⁶) een andere koers gaan varen, in die zin dat cumulatie van sancties toelaatbaar wordt geacht onder bepaalde (strikte) voorwaarden. Zowel het EHRM als het HvJ stelt daarbij de evenredigheid van het geheel voorop. Cumulatie van sancties wordt toelaatbaar geacht, indien sprake is van een coherent geheel. Staten zouden aldus gelegitimeerd moeten kunnen kiezen voor complementaire juridische reacties op sociaal onwenselijk gedrag. Dat leidt niet tot schending van het ne bis in idem-beginsel als de gecumuleerde sancties – kort gezegd – op een voorzienbare en proportionele wijze normoverschrijdend gedrag beantwoorden.²⁷

Deze ontwikkeling in de rechtspraak van het EHRM en het HvJ van de EU kan weer geplaatst worden tegen de achtergrond dat staten de aanpak van maatschappelijke veiligheidsproblematiek steeds vaker als een taak beschouwen van meerdere rechtsgebieden.²⁸ Ik deel de conclusie van Crijns en Emmerik dat cumulatie van sancties onder de in de Europese jurisprudentie geformuleerde voorwaarden goed verdedigbaar is, mits er voldoende oog is voor wat buiten de ‘eigen procedure’ aan de orde is.²⁹ Dit kan tegelijkertijd de normerende werking van het ne bis in idem-beginsel, als beginsel dat beschermt tegen onevenredige

26 HvJ EU 20 maart 2018 (*Menci*), C- 524/15, ECLI:EU:C:2018:197.

27 EHRM 15 november 2016 (*A en B t. Noorwegen*), app. nos. 24130/11 en 29758/11, par. 122-123, 130-132; HvJ EU 20 maart 2018 (*Menci*), C- 524/15, ECLI:EU:C:2018:197, par. 63-64.

28 Vgl. ook het pleidooi van Lamp voor een geïntegreerd financieel sanctierecht, wat volgens hem inhoudt dat een keuze voor strafrechtelijke of bestuursrechtelijke afdoening pas gemaakt moet worden na afronding van het feitenonderzoek en bovendien dat de oplossing voor een probleem ook in een combinatie van bestuursrechtelijke en strafrechtelijke afdoening kan liggen. Het ne bis in idem-beginsel hoeft daarbij een gemengde aanpak voor verschillende aspecten van een zaak niet in de weg te staan. Zie Lamp 2014, p. 22-23.

29 Crijns & Van Emmerik 2018, p. 1103.

cumulatie van sancties, versterken.³⁰ Integratie van reacties, nationaal en transnationaal, vergt een (uniforme) uitleg van het ne bis in idem-beginsel die over de grenzen van de eigen procedure heen reikt en een transnationale werking heeft.³¹ De evenredigheid en coherentie van het geheel staan daarbij voorop.

Verscheidene vormen van criminaliteit of onveiligheid worden dus bestreden door instrumenten uit verschillende rechtsgebieden. Cumulatie wordt toelaatbaar geacht indien sprake is van een coherent en evenredig geheel. Deze ontwikkeling brengt als vanzelfsprekend met zich mee dat verschillende autoriteiten over manifestaties van die problematiek informatie verzamelen en die informatie ook met elkaar delen. Bijgevolg sluit het kader voor bewijsvergaring niet meer rechtstreeks aan op het kader voor het gebruik van het bewijs. Dat wordt zichtbaar in de strafrechtspraak waar bewijs wordt gebruikt dat door inzet van niet-strafvorderlijke bevoegdheden en buiten de verantwoordelijkheid van het openbaar ministerie is vergaard. Zo oordeelde de Hoge Raad in een arrest van 5 september 2007 dat artikel 359a Sv – op grond waarvan de strafrechter bevoegd is aan onregelmatigheden begaan tijdens het voorbereidend onderzoek processuele sancties te verbinden – niet van toepassing is op een onderzoek door een inlichtingen- of veiligheidsdienst. Dat

30 Vgl. J.A.E. Vervaele, 'Ne bis in idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU?', *Utrecht Law Review* 2013, vol. 9, issue 4, p. 213 en 229.

31 Dat gaat dus verder dan ons huidige artikel 68 Sr en artikel 5:43 Awb. Vergelijk Vervaele, die de werking van het ne bis in idem-beginsel uitlegt als een normerend beginsel met een onder- en een bovengrens. De ondergrens wordt gevormd door het ne bis in idem-beginsel als neergelegd in het Handvest (en door Vervaele op grond van de toen geldende rechtspraak nog uitgelegd als een cumulatie van twee *criminal charges* voor dezelfde feiten), en het plafond door de benodigde voorrang, eenheid en effectiviteit van het Unierecht. J.A.E. Vervaele, 'The Application of the EU Charter of Fundamental Rights (CFR) and its Ne bis in idem Principle in the Member States of the EU', *Review of European Administrative Law* 2013, vol. 6, issue 1, p. 132.

onderzoek valt dus in beginsel buiten de controlerende bevoegdheid van de strafrechter.³² Evenmin verbindt de strafrechter consequenties aan onrechtmatigheden in het geval het bewijs is vergaard door een penitentiaire inrichting die op grond van de Penitentiaire beginselenwet telefoongesprekken heeft opgenomen³³ of in het geval het bewijs is vergaard in een toezicht-onderzoek van de NMa (thans ACM).³⁴

Op het moment dat bewijs over grenzen van rechtsgebieden heen is vergaard, sluit het kader waarin wordt vergaard niet goed aan op het kader waarin wordt gecontroleerd. Deze (procedurele) breuklijn tussen de fase van bewijsvergaring en de fase van gebruik vereist dat op een geïntegreerde manier wordt gekeken naar de normering van bewijsvergaring.³⁵ Die behoefte neemt toe naarmate oplossingen voor criminaliteits- en veiligheidsvraagstukken vaker worden gezocht in een combinatie van

32 Zie HR 5 september 2007, *NJ* 2007, 336, r.o. 4.7.1. Door die inlichtingen- en veiligheidsdiensten vergaard materiaal moet desalniettemin van het bewijs worden uitgesloten ‘in de bijzondere gevallen dat: a) doelbewust met het oog op het buiten toepassing blijven van strafvorderlijke waarborgen geen opsporingsbevoegdheden worden aangewend teneinde gebruik te kunnen maken van door een inlichtingen- of veiligheidsdienst vergaarde informatie; of b) het optreden van de betrokken dienst een schending van de aan een verdachte toekomende fundamentele rechten heeft opgeleverd die van dien aard is dat daardoor geen sprake meer is van een fair trial als bedoeld in art. 6 EVRM’ (zie r.o. 4.7.2).

33 HR 27 september 2011, *ECLI:NL:HR:2011:BQ3765*, *NJ* 2011, 557, m.nt. Schalken, r.o. 2.5. Ook dat is slechts anders indien sprake is van een zodanige schending van beginselen van een behoorlijke procesorde dan wel een zodanige veronachtzaming van de rechten van de verdediging dat het OM niet-ontvankelijk zou moeten worden verklaard of de uitkomsten van het onderzoek van het bewijs moeten worden uitgesloten.

34 Rb. Rotterdam 9 juni 2005, *ECLI:NL:RBROT:2005:AT7246*; vgl. voorts (alhoewel de HR in dit arrest concludeerde dat het juist niet ging om de uitoefening van toezichtsbevoegdheden op grond van de Awb, maar om onderzoek in verband met strafbare feiten): HR 3 april 2018, *ECLI:NL:HR:2018:487*, r.o. 3.3.1 en 3.3.2.

35 Vgl. Lamp 2014, p. 21 en 27.

bevoegdheden uit verschillende rechtsgebieden. En dat geldt te meer waar het denken over de mogelijkheden tot cumulatie van sancties van uiteenlopende aard voor dezelfde feiten aan het verschuiven is. Waar scheidslijnen tussen rechtsgebieden vervagen, dient het normatieve kader te worden geïntegreerd. De gedachtevorming over de wijze waarop die integratie kan worden bereikt, loopt wat betreft de fase van de bewijsvergaring achter op de fase waarin sancties en/of maatregelen worden opgelegd.

2.2 BEWIJSVERGARING OVER GRENZEN VAN HET TERRITOIR

Om bewijs te vergaren dat zich over de (lands)grens bevindt, dient in beginsel de rechtshulp te worden ingeroepen van de staat waarin het bewijs zich bevindt. Dit houdt in dat de staat die het bewijs wil verkrijgen, de andere staat verzoekt zijn bevoegdheden aan te wenden teneinde dat bewijs te vergaren en aan de verzoekende staat ter beschikking te stellen. Het kan daarbij zowel gaan om fysiek bewijsmateriaal (inclusief digitaal op servers opgeslagen data) als om de communicatie van zich op een ander territorium bevindende personen. Het stelsel van rechtshulp berust op de gedachte dat het zonder toestemming optreden van de rechtshandhavende autoriteiten van de ene staat op het territorium van de andere staat, de soevereiniteit van die andere staat schendt.³⁶ Volgens de klassieke systematiek van de rechtshulp kan bewijs dan ook slechts rechtmatig worden verkregen doordat de ene staat een verzoek doet aan de andere staat om de benodigde opsporingshandeling te verrichten, en de andere staat

36 Dat is een schending van het internationale recht, waarin territorialiteit wordt beschouwd als de sterkste rechtsmachtaanspraak en aldus tegelijkertijd de belangrijkste beperking vormt op de uitoefening van rechtsmacht. Zie: *Case of S.S. 'Lotus' (France v. Turkey)*, PCIJ Serie A, No. 10, 7 september 1927, p. 18-19.

dat verzoek uitvoert. Die andere staat beoordeelt dan op grond van het eigen nationale recht of er belemmeringen (weigeringsgronden) bestaan.³⁷ Uitgangspunt van de verdragen die dit soort rechtshulp regelen, is het vertrouwen in de rechtspleging van de staat waarmee wordt samengewerkt en, op basis daarvan, dat staten in beginsel hun medewerking verlenen aan verzoeken tot rechtshulp.³⁸ De wederzijdse verlening van rechtshulp is het meest tot ontwikkeling gekomen in het kader van het strafrecht. Bij grensoverschrijdende bewijsvergaring in bestuursrechtelijke procedures wordt een vergelijkbaar systeem gehanteerd.³⁹ Grensoverschrijdende informatievergaring door inlichtingen- en veiligheidsdiensten vindt vaak plaats door uitwisseling van inlichtingen in het kader van samenwerkingsverbanden die eveneens berusten op wederzijds vertrouwen in elkaars rechtssysteem.⁴⁰

Binnen de EU werken de lidstaten en diensten met elkaar samen op grond van het beginsel van wederzijdse erkenning. De klassieke vorm van rechtshulpverlening wordt daar vergemakkelijkt door eenvoudigere en snellere procedures.⁴¹ Op het terrein van de bewijsvergaring is met name het Europees

37 Zie bijv. het Europees Verdrag aangaande de wederzijdse rechtshulp in strafzaken, *Trb.* 1965, 10, en het Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden en de Verenigde Staten van Amerika aangaande wederzijdse rechtshulp in strafzaken, *Trb.* 2004, 300.

38 Vgl. K. Ambos, *European Criminal Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2018, p. 451-452.

39 Zie bijv. art. 49-50 Schengenuitvoeringsovereenkomst, *Publicatieblad* nr. L 239 van 22 september 2000, en zie M.J.J.P. Luchtman, *Grensoverschrijdende sfeercumulatie. Over de handhavingssamenwerking tussen financiële toezichthouders, fiscale autoriteiten en justitiële autoriteiten in EU-verband* (diss. Utrecht), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2007, p. 32-34.

40 Vergelijk eerdergenoemde CTG (voetnoot 9) en de artikelen 88 en 89 WIV 2017.

41 Zie voor een uitvoeriger beschrijving van de transnationale samenwerking binnen de EU: M. Luchtman, *Transnationale rechtshandhaving. Over*

Onderzoeksbevel van belang: de ene lidstaat kan door uitvoering van een EOB de andere lidstaat bevelen (in plaats van verzoeken) een bepaalde opsporingshandeling te verrichten.⁴² Verder kunnen gemeenschappelijke onderzoeksteams worden opgericht,⁴³ die overigens volgens de bestaande vormen van rechtshulpverlening opereren, en bestaan in grensregio's mogelijkheden tot grensoverschrijdend optreden, bijvoorbeeld het voortzetten van een achtervolging.⁴⁴ Het meest recente voorbeeld van dergelijke transnationale samenwerking is het op 23 juli 2018 door de drie ministers van Justitie van de Benelux ondertekende nieuwe Benelux-politieverdrag.⁴⁵ Dit voorziet onder meer in een vereenvoudiging van de mogelijkheden voor opsporingsambtenaren om zelfstandig grensoverschrijdende opsporingshandelingen te verrichten (in aanwezigheid van een opsporingsambtenaar van het gastland), uitbreiding van de mogelijkheden tot grensoverschrijdende achtervolging en verbetering van mogelijkheden tot raadpleging van politiegegevens.⁴⁶

fundamentele rechten in de Europese strafrechtelijke samenwerking, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 11-15; Ambos 2018, p. 451-461.

42 Richtlijn 2014/41/EU, geïmplementeerd in het Wetboek van Strafvordering bij Wet van 21 mei 2017, *Stb.* 2017, 231.

43 Zie met name: Kaderbesluit van de Raad van 13 juni 2002 inzake gemeenschappelijke onderzoeksteams, *Publicatieblad* nr. L 162, 20 juni 2002.

44 Zie bijv. de artikelen 40 en 41 van de Schengenuitvoeringsovereenkomst, de bepalingen van het Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden, het Koninkrijk België en het Groothertogdom Luxemburg inzake grensoverschrijdend politioptreden, *Trb.* 2010, 179, en artikel 26 van het Beneluxrechtshulpverdrag (*Trb.* 2006, 146).

45 Het Verdrag tussen het Koninkrijk der Nederlanden, het Koninkrijk België en het Groothertogdom Luxemburg inzake politiesamenwerking, dat het nu nog geldende Beneluxverdrag voor grensoverschrijdend politioptreden moet opvolgen.

46 Zie de op de website van de rijksoverheid gepubliceerde 'Factsheet', beschikbaar via: www.rijksoverheid.nl/actueel/nieuws/2018/07/23/benelux-landen-versterken-veiligheidssamenwerking-met-nieuw-benelux-politieverdrag.

De transnationale samenwerking wordt door het sluiten van nieuwe verdragen en, binnen de EU, door de totstandkoming van nieuwe rechtsinstrumenten zoals het EOB dus sterk verbeterd. Toch blijft grensoverschrijdende bewijsvergaring steunen op het uitgangspunt (voortvloeiend uit het territorialiteitsbeginsel) dat de instemming van het land waar het bewijs zich bevindt, is vereist voor de verkrijging ervan.⁴⁷ Verbeteringen hebben aldus betrekking op de procedure en niet op de systematiek. Parallel aan deze versterking en verbetering van de transnationale samenwerking zijn er óók voorzichtige initiatieven voor grensoverschrijdende inzet van digitale opsporingsbevoegdheden buiten het kader van de transnationale samenwerking. De behoefte daaraan komt met name op bij de bestrijding van cybercrime, wanneer bewijs moet worden vergaard dat zich bevindt op een server op een ander – soms zelfs onbekend – grondgebied. In het strafrechtelijk onderzoek naar strafbare feiten begaan door ‘uitreizigers’ speelt bovendien dat het bewijs zich bevindt in landen als Syrië en Irak, waarmee geen rechtshulprelatie kan worden aangegaan of, waar dat wel kan,⁴⁸ deze onstabiel is. Ook dan dient te worden gezocht naar alternatieven voor vergaring van het bewijs, zonder medewerking van de staat waarin het bewijs zich bevindt.⁴⁹ De op 21 september 2018 in het Staatsblad gepubliceerde Wet computercriminaliteit III speelt op deze ontwikkelingen in door, zo blijkt uit de memorie van toelichting en uit de concepttoelichting op Boek 1 van het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering, het mogelijk te maken dat in uitzonderlijke gevallen de hackbevoegdheid extra-

47 Zie hierover M.F.H. Hirsch Ballin, ‘De rol van grenzen bij opsporing: grenzeloze inzet van opsporingsbevoegdheden?’, AA 2018, 6.

48 Bijv. met het Koerdische deel van Irak.

49 Paulussen & Pitcher 2018, p. 26-30.

territoriaal kan worden ingezet. Dat is bijvoorbeeld aan de orde indien de locatie van de gegevens onbekend is en de belangen bij optreden groot zijn.⁵⁰

Zeker deze laatste ontwikkeling vraagt om een heroverweging van de wijze waarop we in ons strafprocesrecht de bewijsvergaring over de (lands)grens normeren. Een adequaat normatief kader is nodig om internationaal draagvlak te creëren voor de uitzonderingen die door dergelijke grensoverschrijdende inzet van opsporingsbevoegdheden op het territorialiteitsbeginsel worden gemaakt. Daarnaast is een versterking en vereenvoudiging van de traditionele (rechtshulp)instrumenten voor bewijsvergaring over de grens gebaat bij een gedeeld – zowel op nationaal als transnationaal niveau – normatief kader voor die vergaring.⁵¹ Met een gedeeld normatief kader bedoel ik dan niet gelijkluidende regels, maar overeenstemmende onderliggende beginselen die universele onderkenning genieten. Ook hier is van belang dat het kader waarin het bewijs wordt vergaard, aansluit op het kader waarin het bewijs wordt gebruikt. Verschillen in normering van de bewijsvergaring tussen staten staan aan die aansluiting in de weg. Fragmentatie in de rechtsbescherming

50 *Kamerstukken II* 2015/16, 34 372, nr. 3 (MvT computercriminaliteit III), p. 49-50 (dat is de invulling die aan het negende lid van het nieuwe artikel 126nba Sv zal moeten worden gegeven, zie *Stb.* 2018, 322) en Concept MvT Boek I, p. 13.

51 Ik sluit mij daarmee aan bij het betoog van zowel Luchtman, voor een gezamenlijk referentiekader van fundamentele rechten bij transnationale samenwerking van EU-lidstaten, als Ouwerkerk, voor een normatief gefundeerd Uniestrafrecht, in hun oraties. Mijn zoektocht naar dat normatieve kader is, zoals hierna nog wordt toegelicht, daarbij gebaseerd op universeel gedeelde waarden en beginselen en dient ook, wellicht zelfs in de eerste plaats, de vormgeving van nationaal strafprocesrechtelijke stelsels. Zie: Luchtman 2017, m.n. p. 47 en 49; J. Ouwerkerk, *Herijking van Uniestrafrecht. Over grondslagen voor strafrechtelijke regelgeving in de Europese Unie* (oratie Leiden), Den Haag: Boom juridisch 2017, m.n. p. 42-43.

wordt bovendien in de hand gewerkt door op grond van het nationale stelsel bestaande belemmeringen om het optreden van de bewijsvergarende autoriteiten te toetsen. Een transnationaal gedeeld normatief kader voor de bewijsvergaring is dus nodig om daadwerkelijke transnationale integratie van rechtshandhavende bevoegdheidsuitoefening en sanctionering te kunnen realiseren.

Gelet op de huidige strafrechtspraak over het gebruik van bewijs dat is vergaard onder verantwoordelijkheid van buitenlandse autoriteiten, sluit het kader waarin het bewijs wordt vergaard onvoldoende aan op het kader waarin het bewijs wordt gebruikt. De Nederlandse strafrechter toetst de rechtmatigheid van de vergaring van het bewijs voor zover dat is gebeurd onder de verantwoordelijkheid van buitenlandse autoriteiten, in beginsel niet.⁵² Bovendien speelt in grensoverschrijdende strafzaken het risico van ‘*forumshopping*’, zowel door de opsporende en/of vervolgende autoriteiten als de verdachte: afhankelijk van de specifieke eigenschappen van het toepasselijk nationaal strafprocesrechtelijk stelsel wordt gekozen voor opsporing of vervolging onder de verantwoordelijkheid van een bepaalde staat of worden de strafbare feiten bewust gepleegd vanuit een bepaalde staat.⁵³

2.3 DOELSTELLINGEN VAN HET STRAFPROCESRECHT IN 2018

Wanneer rechtsgeleerden strafprocesrechtelijke onderwerpen behandelen, wordt nogal eens verwezen naar de ontstaansgeschiedenis van ons Wetboek van Strafvordering van 1926. De

52 HR 5 oktober 2010, NJ 2011, 169, r.o. 4.4.1.

53 Zie hierover in het kader van de samenwerking binnen de EU: M. Luchtman, ‘Choice of forum in an Area of Freedom, Security and Justice’, *Utrecht Law Review* 2011, vol. 7, issue 1; Luchtman 2017, m.n. p. 47 en 49; Ouwerkerk 2017, p. 30-35.

toen aanvaarde hoofddoelstelling van het strafprocesrecht en de daaruit volgens de ontwerpers van het wetboek voortvloeiende beginselen, doelstellingen en uitgangspunten spelen inderdaad ook vandaag een centrale rol voor de inrichting van ons strafprocesrecht. De hoofddoelstelling van het strafprocesrecht werd in 1926 omschreven als het 'zooveel mogelijk bevorderen [van] de toepassing van de strafwet op den werkelijk schuldige en tevens de veroordeeling, kan het zijn, de vervolging van den niet-schuldige naar vermogen verhinderen'.⁵⁴ In het licht van deze hoofddoelstelling heeft de regeling van het strafprocesrecht vorm gekregen door te voorzien in instrumenten voor materiële waarheidsvinding, en in waarborgen om onschuldigen zoveel mogelijk buiten het bereik van het strafprocesrecht te houden en de verdachten de bevoegdheden te geven die niet in strijd komen met de centrale doelstelling van het strafprocesrecht.⁵⁵ De memorie van toelichting bij het Wetboek van Strafvordering van 1926 spreekt in dit verband van een verzoening tussen de ogenschijnlijk tegengestelde doelstellingen van instrumentali-teit en rechtsbescherming.⁵⁶

In de 'contourennota' en de diverse (concept)wetsvoorstellen (met name het voorstel voor het nieuwe Boek 1) ter modernisering van ons huidige Wetboek van Strafvordering (project Modernisering Wetboek van Strafvordering) wordt benadrukt

54 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 55.

55 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 55.

56 *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, p. 55; zie onder meer het belangrijke werk van 't Hart en Foqué over het dubbele perspectief van het strafprocesrecht: R. Foqué & A.C. 't Hart, *Instrumentaliteit en rechtsbescherming. Grondslagen van een strafrechtelijke waardendiscussie*, Arnhem/Antwerpen: Gouda Quint/Kluwer 1990. Zie voorts: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge, 'Algemeen deel', in: M.S. Groenhuijsen & G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer: Gouda Quint 2001, p. 15.

dat deze hoofddoelstelling aan het strafprocesrecht ten grondslag blijft liggen en dat het gemoderniseerde wetboek daarop voortbouwt.⁵⁷ Datzelfde geldt voor de eruit voortvloeiende beginselen of uitgangspunten van ons strafvorderlijk stelsel, zoals het legaliteitsbeginsel, het opportuniteitsbeginsel en de afwijzing van lekenrechtspraak. De doelstellingen van het strafprocesrecht zijn, aldus de Minister, in het gemoderniseerde wetboek ‘verbreed’. Dit houdt in dat nevendoelstellingen van het strafprocesrecht een belangrijkere plaats zijn gaan innemen naast de hoofddoelstelling. Het gaat daarbij om de eerbiediging van de rechten en vrijheden van de verdachte en andere procesdeelnemers: mede onder invloed van het EHRM is de positie van de verdachte versterkt en is het slachtoffer een procesdeelnemer geworden. In het gemoderniseerde wetboek worden tegen die achtergrond onder meer het recht van de verdachte op een eerlijk proces en de belangen van het slachtoffer als strafvorderlijke beginselen erkend en gecodificeerd.⁵⁸

De hoofddoelstelling van het *strafprocesrecht* moet worden onderscheiden van de doelstellingen van *toepassing* van het straf(proces)recht. Met de toepassing van het straf(proces)recht

57 *Kamerstukken II* 2015/16, 29 279, nr. 278, p. 5-6 en Memorie van Toelichting: Vaststellingswet Boek 1 van het nieuwe Wetboek van Strafvordering: strafvordering in het algemeen (consultatieversie), p. 6 en 65-66 (beschikbaar via: www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/modernisering-wetboek-van-strafvordering/documenten/kamerstukken/2017/02/07/memorie-van-toelichting-vaststellingswet-boek-1-van-het-nieuwe-wetboek-van-strafvordering-strafvordering-in-het-algemeen), hierna: ‘Concept MvT, Boek 1’. Vgl. M.J. Borgers, ‘Het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering: beginselen en uitgangspunten’, *Themis* 2017, afl. 6, p. 280 en 290. En zie voorts Concept MvT Boek 1, p. 8: ‘Aan een goed functionerend strafvorderlijk stelsel moet immers de eis worden gesteld dat het zowel effectief als behoorlijk moet zijn; het moet leiden tot adequate rechtshandhaving én daadwerkelijke rechtsbescherming. Aan beide doelstellingen van het strafvorderlijk stelsel moet worden voldaan.’

58 Concept MvT, Boek 1, p. 4, 7 en 64.

worden weer andere doelen gediend. Juist wat betreft die doelen is het strafrecht overlap gaan vertonen met andere rechtsgebieden. Algemeen wordt onderkend dat de toepassing van het strafrecht, naast leedtoevoeging of vergelding, een aantal nevendoelstellingen heeft, zoals speciale en generale preventie, normbevestiging, het voorkomen van eigenrichting, rechtsherstel, resocialisatie en het kanaliseren van maatschappelijke onrust.⁵⁹ Preventie is, zeker als het gaat om vormen van criminaliteit zoals terrorisme, ondermijning, cybercrime en de georganiseerde criminaliteit, een zelfstandige doelstelling geworden van toepassing van het straf(proces)recht. Het belang van deze preventieve doelstelling neemt nog steeds toe.⁶⁰ Hierbij gaat het dan niet om de speciale en generale preventie die wordt bereikt met toepassing van het strafrecht in concrete zaken, maar om inzet van strafvorderlijke bevoegdheden ter voorkoming van criminaliteit.⁶¹ Mede ten gevolge daarvan is sprake van een groeiende overlap van doelstellingen tussen strafrecht, (handhavend en punitief) bestuursrecht en het nationale veiligheidsrecht. Ook nu nog is het strafrecht het rechtsgebied dat bij uitstek erop is gericht normoverschrijding te beantwoorden met de oplegging van straf, het toevoegen van leed. Dat doel is echter al lang niet meer exclusief een strafvorderlijk doel, net zo min

59 B.F. Keulen & G. Knigge, *Strafprocesrecht*, Deventer: Kluwer 2016, p. 2; G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht*, bewerkt door M.J. Borgers & T. Kooijmans, Deventer: Kluwer 2018, par. I.3.

60 M.F.H. Hirsch Ballin, *Anticipative Criminal Investigation. Theory and Counterterrorism Practice in the Netherlands and the United States* (diss. Utrecht), Den Haag: T.M.C. Asser Press 2012, p. 28; M.J. Borgers, *De vlucht naar voren* (oratie VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, (m.n.) p. 15-16; A. Ashworth & L. Zedner, 'Defending the Criminal Law, Reflections on the Changing Character of Crime, Procedure, and Sanctions', *Criminal Law and Philosophy* 2008, vol. 2, issue 1, p. 40.

61 L. Zedner, 'Pre-Crime and Post-Criminology', *Theoretical Criminology* 2007, vol. 11, issue 2, p. 262.

als het strafrecht exclusief is bedoeld om leed toe te voegen aan normoverschrijders. Zo zijn de mogelijkheden om bestuurlijke boetes op te leggen alsook de hoogte van die boetes fors toegenomen⁶² en kunnen strafvorderlijke bevoegdheden op grond van aanwijzingen van een terroristisch misdrijf worden ingezet om, behalve bewijs te vergaren over die eventuele misdrijven, die misdrijven te voorkomen.⁶³

Het strafprocesrecht onderscheidt zich van de rechtsgebieden met, wat betreft de toepassing, overlappende doelstellingen evenwel ook in 2018 nog door zijn hoofddoelstelling: het toepassen van het materiële strafrecht op de daadwerkelijk schuldigen en de bescherming van onschuldigen tegen strafrechtelijke vervolging; oftewel: de ‘juiste’ toepassing van het materiële strafrecht. Het vormt de schakel tussen een strafbaar feit en de op te leggen sanctie.⁶⁴ Die juiste toepassing van het strafrecht kan leiden tot de oplegging van straffen, waarvan de meest ingrijpende de gevangenisstraf is: een straf die, als een constitutionele eis ingevolge artikel 113 Gw, ook uitsluitend door de strafrechter kan worden opgelegd.

Deze hoofddoelstelling van het strafprocesrecht wordt internationaal gedeeld. Veelal wordt daarbij een verband gelegd met de materiële waarheidsvinding, het (eerlijke) proces en de bewijsstandaard die nodig is om dit te bewerkstelligen.⁶⁵

62 Zie hierover: Advies Afdeling advisering Raad van State d.d. 13 juli 2015, *Stcrt.* 2015, 30280.

63 Artikelen 126za-126zs Sv en zie *Kamerstukken II* 2004/05, 30 164, nr. 3, p. 9.

64 Zie: Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, par. I.3, Keulen & Knigge 2016, p. 2; T. Kooijmans, *Dat is mijn zaak!*, Tilburg: Tilburg University 2011, p. 5.

65 In de omschrijving van dat hoofddoel wordt hierbij in continentaal-Europese stelsels veelal de nadruk gelegd op de materiële waarheidsvinding, die wordt ingeperkt door grond- en mensenrechten (ten behoeve van de rechtsbescherming), terwijl in Anglo-Amerikaanse stelsels de nadruk wordt gelegd op het (eerlijke en contradictoire) proces naar de vaststelling van schuld of onschuld. Zie: C. Safferling, *Internationales Strafrecht, Strafanwendungsrecht – Völ-*

Inherent aan de ‘juiste’ toepassing van het strafrecht is niet alleen dat dit accuraat gebeurt, maar ook op een wijze die de waardigheid van het individu – verdachte, onschuldige burger, slachtoffer – respecteert.⁶⁶ De menswaardige toepassing van het strafrecht is voorwaarde en legitimatie voor uitoefening van strafrechtelijke overheidsmacht.⁶⁷ Luban noemt dit in een betoog over universele jurisdictie voor strafrechtelijke vervolging van ‘*enemies of humanity*’ het uitgangspunt van menselijkheid (‘*standpoint of humanity*’), wat betekent dat de mensheid een morele gemeenschap vormt waarvan niemand kan worden uitgesloten. Het verantwoordelijk houden van mensen voor strafbare feiten is wegens dat uitgangspunt van *humanity* alleen legitiem indien dat op een eerlijke manier gebeurt.⁶⁸ Ik vat dit

kerstrafrecht – Europäisches Strafrecht, Heidelberg: Springer 2011, p. 288; vgl. voorts: W.R. LaFave, J.H. Israel & N.J. King, *Criminal Procedure* (fourth edition), St. Paul, MN: Thomson/West 2004, p. 24: ‘(...) a process through which the government can detect, apprehend, prosecute, convict and impose punishment upon those who have violated the prohibitions of substantive criminal law. However, as illustrated by the variety of criminal justice systems that exist throughout the world, processes may be shaped in many different ways to achieve this universal objective’; J.D. Grano, ‘Ascertaining the Truth’, 77 *Cornell L. Rev.* 1061 (1992), p. 1062-1064; ‘The Challenge of Crime in a Free Society’, Report of the President’s Commission on Law Enforcement and Administration of Justice, February 1967, aangehaald in R.J. Allen, J.L. Hoffmann, D.A. Livingston & W.J. Stunz, *Criminal Procedure. Investigation and the Right to Counsel*, New York: Aspen Publishers 2005, p. 3, welke commissie de filosofische kern van het strafprocesrecht formuleert als ‘a person may be punished by the Government if, and only if, it has been proved by an impartial and deliberate process that he has violated a specific law’. Zie ook p. 32.

66 Vgl. Ashworth & Zedner 2008, p. 22. Dat gaat dus ook nog wat verder dan de omschrijving van die ‘juiste toepassing’ door Groenhuijsen en Knigge als de bestraffing van schuldigen, het voorkomen van bestraffing van onschuldigen, het voorkomen van willekeur in straftoemeting en het voorkomen van willekeurige vervolging, zie Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 16.

67 Vgl. Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 16.

68 D. Luban, ‘The Enemy of all Humanity’ (draft 18 January 2018), beschikbaar via: www.verenigingrechtsfilosofie.nl/wp-content/uploads/2018/05/David-Luban-Enemy-paper-VWR.pdf, p. 32 en 34.

op als: op een wijze die respectvol is voor de menselijke waardigheid. Het menswaardige strafprocesrecht is daarmee ook het noodzakelijke complement van het materiële strafrecht.⁶⁹ De waarborgen van het strafprocesrecht dienen ter garantie van de menswaardige strafrechtstoepassing en zijn aldus onlosmakelijk verbonden met de hoofddoelstelling van het strafprocesrecht. Ook wanneer de doelstellingen van de toepassing van het strafrecht veranderen en overlap vertonen met andere rechtsgebieden, dienen strafprocesrechtelijke waarborgen menswaardige strafrechtstoepassing te garanderen. Die menswaardige strafrechtstoepassing is in feite het normatieve anker van het strafprocesrecht. Dat wordt niet anders als de positie en functie van de strafrechtstoepassing in verhouding tot andere rechtsgebieden veranderen.

2.4 TOEKOMSTBESTENDIG STRAFPROCESRECHT

Het strafprocesrecht dient erop gericht te zijn dat het strafrecht op een juiste, accurate en menswaardige manier wordt toegepast. Dat geldt ook als in het strafproces bewijs wordt gebruikt dat over grenzen is vergaard. Strafprocesrechtelijke beginselen die juiste, accurate en menswaardige strafrechtstoepassing moeten waarborgen, hebben aldus ook betekenis voor de normering van bewijsvergaring buiten het huidige Nederlandse strafprocesrecht. Dat betekent niet dat strafprocesrechtelijke beginselen onverkort van toepassing moeten worden verklaard op de vergaring van bewijs door niet-strafvorderlijke autoriteiten. Het betekent wel dat in de normering van het gehele proces van vergaring tot en met gebruik als strafrechtelijk bewijs

69 Zie in die zin ook: Groenhuijsen & Knigge 2001, p. 15; vgl. par. 2.3.

de menswaardige toepassing van het strafrecht moet kunnen worden geborgd. Daarop moet dus worden geanticipeerd op het moment van vergaring en het moet worden gerealiseerd bij het daadwerkelijke gebruik in een strafzaak. Het strafprocesrecht moet immers kunnen fungeren in interactie met andere rechtsgebieden en in een internationale context.

Er bestaat alle reden om de identificatie en duiding van de relevante strafprocesrechtelijke beginselen niet (alleen) te benaderen vanuit het huidige Nederlandse strafprocesrecht.⁷⁰ Dat is in de eerste plaats zo omdat het strafprocesrecht zich in belangrijke mate laat sturen door (met name) de invloed van het EHRM en, in sterk toenemende mate, het EU-recht.⁷¹ Op grond van de beginselen die uit het EVRM en het EU-recht voortvloeien, is er al een zekere harmonisatie van stelsels van strafprocesrecht. Fundamentele beginselen zijn transnationaal: in het nationale recht geldende fundamentele beginselen zijn onlosmakelijk verbonden met het internationale en transnationale recht en de constitutionele ordes van andere staten.⁷²

70 Ook Luchtman bepleit een overkoepelend rechtsstatelijk kader ten behoeve van de transnationale samenwerking tussen EU-lidstaten. Zie: Luchtman 2017, p. 9.

71 Dat wordt ook in het moderniseringsproject onderkend, zie (onder meer) Concept MvT, Boek 1, p. 14.

72 Vgl. V.C. Jackson, *Constitutional Engagement in a Transnational Era*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 256: 'Engagement with the transnational is at heart a project of constitutional self-definition, which also has the possibility of influencing, and being influenced by, developing transnational norms. Indeed, (...) domestic constitutions should be understood as inevitably in a relationship with international law and the constitutional approaches of other members of the international community, and not merely in the sense that constitutions provide rules (be they monist or dualist) for the incorporation of international law as domestic law, or in their approach to interjurisdictional conflict, or even in how expressly open they are to influence by transnational sources.'

Voorts dient het nationale strafprocesrecht daadwerkelijk te kunnen fungeren in de internationale context: er moet op adequate wijze worden samengewerkt met andere staten en zij moeten dat doen met ons. Criminaliteit is steeds vaker grensoverschrijdend en bewijsvergaring is mede als gevolg van de gedigitaliseerde samenleving niet langer beperkt tot de eigen landsgrenzen, bijvoorbeeld – zoals gezegd – omdat dat bewijs is opgeslagen op een server op een ander grondgebied. Als de beginselen die ten grondslag liggen aan het strafprocesrecht, zoals de regels voor bewijsvergaring, worden gedeeld, vereenvoudigt dit de internationale samenwerking, ook al verschilt de concrete invulling van het strafvorderlijk stelsel. Het is een investering in het voor internationale samenwerking essentiële wederzijdse vertrouwen en zou nieuwe vormen van samenwerking mogelijk moeten kunnen maken.⁷³ Door eensgezindheid over de onderliggende beginselen verdwijnen ogenschijnlijke verschillen tussen in meer of mindere mate inquisitoire of accusatoire systemen en/of civil law- of common law-rechtstradities naar de achtergrond.

Ten slotte geeft transnationale erkenning van beginselen daaraan ook een zeker gewicht. Nagegaan moet worden in hoeverre dat betekent dat die beginselen doorwerken over de grens van het strafprocesrecht heen. Dat is van belang waar sprake is van integratie van rechtsinstrumenten en/of sanctionering ten behoeve van een adequate bestrijding van een bepaald maatschappelijk criminaliteits- of veiligheidsprobleem (zie de in de inleiding genoemde voorbeelden). Dat brengt immers ook met

73 Vgl. Jackson 2010, p. 255-256. Vgl. ook de oratie van Ouwerkerk, waarin zij pleit voor normatieve grondslagen voor het Uniestrafrecht, met eerbied voor de menselijke waardigheid (als neergelegd in artikel 2 EU-Verdrag) als startargument voor de formulering van die normatieve grondslagen, zie: Ouwerkerk 2017, p. 42-43.

zich mee dat bevoegdheden die een grondslag hebben in andere rechtsgebieden, een rol kunnen spelen bij strafrechtelijke bewijsvergaring en die bevoegdheden aldus de realisatie van de juiste, accurate en menswaardige strafrechtstoepassing beïnvloeden.

Het gaat dus niet om de beginselen die de specifieke keuzes in de inrichting van ons stelsel bepalen, zoals het legaliteitsbeginsel, het opportuniteitsbeginsel, een inquisitoire of accusatoire procesvoering, de afwijzing van de lekenrechtspraak en de concrete vormgeving van de rol en bevoegdheden van de verschillende procesdeelnemers.⁷⁴ Het gaat om internationaal gedeelde beginselen die essentieel zijn voor menswaardige strafrechtelijke uitoefening van overheidsmacht en aldus niet systeemafhankelijk zijn. Daarmee bepleit ik in feite een sterk mensenrechtelijk gefundeerd strafprocesrecht. Een dergelijke benadering lijkt – in de methodische zin – op de wijze waarop het strafprocesrecht in de Verenigde Staten invulling krijgt: aan de hand van de fundamentele beginselen van de Amerikaanse constitutie.⁷⁵

Ik beoog met deze vergelijking niet het in Nederland – en stelsels in de civil law-traditie in het algemeen – zo belangrijke legaliteitsbeginsel aan de kant te zetten. Waar het me om gaat, is dat strafprocesrecht zijn legitimatie niet (enkel) kan ontleen aan het feit dat de wetgever het recht op die manier in het Wetboek van Strafvordering heeft neergelegd, maar aan het feit dat de wetgever zich bij het opstellen van die

74 Zie daarover met name: Groenhuijsen & Knigge 2001; Kooijmans 2011. Ook het project Modernisering Wetboek van Strafvordering gaat over de specifieke keuzes wat betreft de inrichting van ons strafprocesrechtelijke stelsel (de regels van strafvordering). Vgl. voorts: Concept MvT, Boek 1, p. 6; *Kamerstukken II* 1913/14, 286, nr. 3, m.n. p. 53-56.

75 Zie onder meer: LaFave, Israel & King 2004, p. 23-24; Allen, Hoffmann, Livingston & Stunz, 2005, p. 77; A.R. Amar, 'The Future of Constitutional Criminal Procedure', 33 *Am. Crim. L. Rev.* 1123 (1996).

regels heeft laten leiden door de fundamentele beginselen van strafprocesrecht die de menswaardige strafrechtstoepassing waarborgen. Bij de toepassing van die rechtsregels zullen de procesdeelnemers zich opnieuw moeten laten leiden door de beginselen waardoor ze zijn ingegeven. De rechter komt de belangrijke taak toe de regels uit te leggen aan de hand van diezelfde beginselen.

Een meer universele benadering van de identificatie van dergelijke beginselen lijkt anno 2018, waar criminaliteitsbestrijding een mondiaal karakter heeft gekregen en mensenrechtenverdragen de menselijke waardigheid van eenieder beogen te beschermen,⁷⁶ aangewezen. De identificatie, duiding en onderkenning ervan zijn een investering in toekomstbestendig strafprocesrecht. De beginselen die ik op het oog heb, zal ik in het vervolg van deze rede wegens hun fundamentele karakter en de verbinding met het recht op de bescherming van de menselijke waardigheid aanduiden als ‘grondbeginselen’.⁷⁷

Ook in de voorstellen ter modernisering van het Wetboek van Strafvordering gaat aandacht uit naar strafprocesrechtelijke beginselen. Codificatie van enkele ‘beginselen’ zou moeten leiden tot een versterking van de rol ervan. Die beginselen betreffen (in het conceptontwerp) het legaliteitsbeginsel, het recht van de verdachte op een eerlijk proces, de onschuldpresumptie, het uitgangspunt dat strafvordering geschiedt op een wijze die recht doet aan de belangen van het slachtoffer (Boek 1, titel 1.1) en, wat betreft het opsporingsonderzoek, de beginselen van proportionaliteit, subsidiariteit, doelbinding en het

76 Zie onder meer: artikel 1 Handvest van de grondrechten van de EU, preambule en artikel 1 van de Universele verklaring van de Rechten van de Mens en de preambule van het IVBPR.

77 Vgl. met name in relatie tot het materiële strafrecht: A. Ashworth, *Principles of Criminal Law*, Oxford: Oxford University Press 2009, p. 45.

Tallon-criterium (Boek 2, titel 1.2).⁷⁸ Om deze, sterk met het Nederlandse strafprocesrecht verweven beginselen is het mij niet alleen te doen. Hiermee wil ik niet zeggen dat deze beginselen *niet* zouden moeten worden gecodificeerd. Het gaat mij erom dat daarnaast aandacht uitgaat naar de vaststelling van beginselen met een meer universeel karakter. Of die beginselen nu worden gecodificeerd of niet: de inrichting van het Wetboek van Strafvordering en de toepassing ervan dienen door deze beginselen te worden gestuurd. Deze kunnen zich vanwege hun aard bovendien uitstrekken naar andere rechtsgebieden, wanneer doelstellingen en de praktische toepassing overlappen. Het ten grondslag leggen van (ook) die beginselen aan de vormgeving van het nieuwe Wetboek van Strafvordering zal een investering zijn in een toekomstbestendige strafrechtspleging. Dat zal de internationale samenwerking kunnen bevorderen en de reikwijdte van specifieke strafprocesrechtelijke regels in relatie tot regels uit andere rechtsgebieden duidelijker maken.

In paragraaf 3 ga ik nader in op het karakter van deze strafprocesrechtelijke grondbeginselen en stel ik vast welke betekenis die beginselen hebben voor bewijsvergaring over grenzen.

78 Bij de keuze voor die beginselen en hun plek in het nieuwe wetboek plaatsten onder meer Borgers, Das en Van Kempen kritische kanttekeningen. Zo zou, aldus Borgers en ook Das, de codificatie aan kracht winnen wanneer meer inzicht zou worden geboden in de principiële keuzes en gedachten die eraan ten grondslag zouden moeten liggen. Zie: Borgers 2017, p. 285; A. Das, 'De codificatie van rechtsbeginselen in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering', *Platform Modernisering Strafvordering* 2018; P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Subsidiariteit, proportionaliteit en doelbinding als algemene beginselen: codificatie graag, maar meer volledig', *DD* 2018, 8.

2.5 RECAPITULATIE EN NADERE PROBLEMATISERING

In het voorgaande stelde ik vast dat bepaalde vormen van criminaliteit hebben geresulteerd in een transnationale bestrijdingswijze vanuit verschillende rechtsgebieden. Een passende reactie die zowel preventie (in de zin van het voorkomen en bestrijden) als toepassing van het strafrecht op concrete normoverschrijdingen inhoudt, vraagt erom dat bevoegdheden van verschillende aard, met een grondslag in verschillende rechtsgebieden, worden ingezet en dat internationaal wordt samengewerkt. Een adequate bestrijding vergt samenwerking en afstemming teneinde een coherente inzet van bevoegdheden te bereiken. Op dit laatste aspect zijn de inspanningen tot op heden in de eerste plaats gericht. In die zin denkt men dus zonder meer over grenzen. De grenzen tussen rechtsgebieden en tussen staten brengen evenwel met zich mee dat de normering van de inzet van uiteenlopende instrumenten gefragmenteerd blijft. Verschillen in normering en rechtsstelsels blijven een belemmering voor het bereiken van coherentie.⁷⁹ Dit leidt tot onduidelijkheden over bevoegdheden, controle en verantwoordelijkheden.

Wie controleert de rechtmatigheid van de vergaring van bewijs door de Franse autoriteiten als dat bewijs slechts in een Nederlandse strafzaak wordt gebruikt? Hoe zit dat met door de AFM vergaard bewijs, waar uiteindelijk in een strafzaak gebruik van wordt gemaakt? Stel dat bewijs is vergaard doordat de AFM een bedrijfspande heeft doorzocht zonder daarvoor bevoegd te zijn: is het dan redelijk die onrechtmatigheid te sanctioneren in de strafzaak waar het onrechtmatig verkregen bewijs wordt gebruikt? En hoe kan in cybercrime-onderzoeken waar snelheid is vereist, bijvoorbeeld omdat rekening wordt gehouden met

79 Vgl. Luchtman 2017, p. 33-34.

een cyberaanval op de Nederlandse elektriciteitsvoorziening, bewijs worden verkregen als een server op onbekend grondgebied staat of op het grondgebied van een land waarmee de samenwerking stroef verloopt doordat het nationale stelsel van dat land niet voorziet in een hackbevoegdheid voor politie en justitie?

Als belangrijkste aandachtspunt wordt op dit moment in het overheidsbeleid en de rechtspraak vooral gewezen op het belang van coherentie in de toepassing van sancties en maatregelen, dat wil zeggen dat (bijvoorbeeld) de strafrechter zich bij de oplegging van straffen en maatregelen rekenschap moet geven van wat er in andere kolommen is gebeurd. Dit dient zich te vertalen in een proportionele strafoplegging.⁸⁰ Ook bij de (beleidsmatige) keuze tussen bestuursrechtelijke en strafrechtelijke sanctionering moet de algehele evenredigheid vooropstaan.⁸¹ Als een gevolg van een wat ruimhartiger toepassing van het *ne bis in idem*-beginsel door het EHRM en het HvJ verschuift bovendien ook daarom de aandacht van een vrij strikt verbod op cumulatie naar het bereiken van evenredigheid bij (gecumuleerde) sanctionering. De aandacht die de fase van bewijsvergaring tot zover krijgt ten behoeve van het realiseren van een integrale aanpak, is evenwel beperkt. Dit resulteert in verschillen in normering in strafzaken en dus ook in rechtsbescherming wanneer buiten de strafvorderlijke context bewijs is vergaard. Het ontbreken van een gedeeld nor-

80 Zie bijv. HR 12 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3122, r.o. 2.6 inzake de strafrechtelijke vervolging voor taxivervoer zonder vergunning terwijl de verdachte vanwege een eerdere overtreding van de Wet Personenvervoer 2000 een dwangsom heeft verbeurd. De Hoge Raad oordeelt dat de verbeurde dwangsom niet in de weg staat aan de strafrechtelijke vervolging wegens schending van *ne bis in idem*, maar wel als relevante omstandigheid bij de strafoplegging kan worden betrokken. Vgl. voorts: Conclusie A-G Machiels 16 mei 2018, ECLI:NL:PHR:2018:444 inzake de cumulatie van een jaar civielrechtelijke lijfswang en strafvervolging.

81 Zie par. 2.1 en *Kamerstukken II* 2017/18, 347 75 VI, nr. 102.

matief kader staat bovendien daadwerkelijke integratie in de weg: het draagt niet bij aan het voor integratie benodigde vertrouwen tussen samenwerkende instanties en werkt vertragend wanneer bewijs over grenzen wordt vergaard of gebruikt. Integratie van de normering van de bewijsvergaring is een voorwaarde voor het daadwerkelijk bereiken van de beoogde integrale aanpak van criminaliteit en onveiligheid.

De vraag die ik in het vervolg van deze rede zal beantwoorden, is dan ook hoe – gelet op de strafprocesrechtelijke grondbeginselen – voldoende integratie in de fase van bewijsvergaring kan worden bereikt. Het gaat mij niet om institutionele integratie, maar om *normatieve* integratie. Voor dat doel verruim ik het blikveld door een bredere definitie van bewijsvergaring te hanteren dan het vergaren van bewijs binnen de reikwijdte van het voorbereidend onderzoek als gedefinieerd in artikel 132 Sv.⁸² Vanwege de beperking in deze rede tot de duiding van de concrete betekenis van die normatieve integratie bij gebruik van het bewijs in het kader van een strafzaak, noem ik het *strafrechtelijke* bewijsvergaring.

De in deze rede aangebrachte beperking tot het gebruik van het vergaarde bewijs in strafzaken neemt vanzelfsprekend niet weg dat juist integratie van normering op grond van de strafprocesrechtelijke grondbeginselen ook betekenis heeft wanneer dat bewijs voor niet-strafrechtelijke doeleinden wordt gebruikt en aldus andere rechtsgebieden beïnvloedt. Daadwerkelijke normatieve integratie vraagt om nader onderzoek naar de concrete betekenis voor ook die rechtsgebieden.

82 Die reikwijdte wordt met name bepaald door de uitleg die wordt gegeven aan het opsporingsbegrip als neergelegd in artikel 132a Sv, nu de opsporing als het beginpunt van de strafvordering (en aldus het voorbereidend onderzoek) wordt gezien.

3 GRONDBEGINSELEN EN DE BEGRENZING VAN BEWIJSVERGARING

3.1 NADERE KARAKTERISERING VAN DE GRONDBEGINSELEN

Alvorens de aan het strafprocesrecht ten grondslag te leggen beginselen te identificeren, besteed ik aandacht aan het karakter van deze grondbeginselen. Welke betekenis komt eraan toe? Hoe brengen we die betekenis tot uitdrukking in strafprocesrechtelijke vraagstukken?

De betekenis ligt in zekere zin reeds besloten in de typering van de beginselen als grondbeginselen: ze hebben constitutieve betekenis, waarmee ze kunnen worden onderscheiden van onder meer regels, waarden, beleid, doctrines en belangen.⁸³ Grondbeginselen hebben aldus een fundamenteel, algemeen karakter en zijn niet-instrumenteel (in de zin dat ze ten behoeve van een bepaald beleid kunnen worden ingezet). Grondbeginselen hebben daarmee ook een bijzondere kracht: vanwege hun karakter

83 Vgl. J. Gardner, 'Ashworth on Principles', in: L. Zedner & J.V. Roberts, *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 4; R.M. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA: Harvard University Press 1979, p. 269. In mijn proefschrift gebruikte ik de term 'constitutive principles' voor beginselen met een dergelijk karakter. Naast de 'constitutive principles' zijn er parameters die bepalen binnen welke marge overheidsinstanties strafvorderlijke doelen mogen nastreven. Ook die 'parameters' hebben een dergelijk fundamenteel karakter, die strafprocesrechtelijke bevoegdheidsuitoefening in respect voor de menselijke waardigheid moeten waarborgen. De term grondbeginselen omvat in dit verband zowel de in mijn proefschrift bedoelde 'constitutive principles' als de 'parameters'. De identificatie van grondbeginselen in verband met bewijsvergaring bouwt voort op het in mijn proefschrift geïntroduceerde normatieve kader. Zie: Hirsch Ballin 2012, p. 533-534 en 544-545.

hebben ze voorrang op andere argumenten, die bijvoorbeeld zijn ingegeven door regels, doctrines, beleid of belangen.⁸⁴

Zulke grondbeginselen genieten internationale erkenning: zij worden gedeeld (of dienen te worden gedeeld) door staten die erkennen dat overheidsmacht wordt beperkt door het recht op bescherming van de menselijke waardigheid (rechtsstaten of staten die zich gebonden achten aan de *rule of law*). Ook om die reden dienen de beginselen te worden onderscheiden van regels van strafprocesrecht. De grondbeginselen geven staten de ruimte er, al naar gelang de specifieke kenmerken van het nationale stelsel, politieke keuzes en behoeften, nadere invulling aan te geven. Dat doen zij door het vaststellen van strafprocesrechtelijke regels.⁸⁵

Het bijzondere karakter van grondbeginselen vloeit voort uit de omstandigheid dat ze een universeel karakter hebben: de waarborging ervan is noodzakelijk ter bescherming van de menselijke waardigheid van eenieder. Dat recht op bescherming van de menselijke waardigheid⁸⁶ is in feite het ankerpunt van het

84 Vgl. Gardner, 2012, p. 16.

85 Vgl. Jackson 2010, p. 270 en 273. Jackson maakt onderscheid tussen 'shared values' en 'shared law'. Volgens haar kunnen 'shared values' onmiskenbaar worden geïdentificeerd tussen constitutionele democratieën wereldwijd, maar zou het vaststellen van 'shared law' te ver ingrijpen op het nationale democratische besluitvormingsproces.

86 Het recht op menselijke waardigheid is breder dan alleen de erkenning van ieders vrije wil en keuze. Het gaat om een erkenning van ieders 'zijn' en 'waardigheid' en vereist dus onder meer ook een respectvolle benadering. Vgl. D. Luban, *Legal Ethics and Human Dignity*, New York, NY: Cambridge University Press 2007, p. 76: 'Honoring someone's human dignity means honoring their being, not merely their willing.' Voor een strafrecht dat de menselijke waardigheid centraal stelt – Kelk heeft het belang ervan in zijn werk altijd benadrukt en dat is kenmerkend voor de Utrechtse School – betekent dit niet alleen het structureel voldoen aan de grondbeginselen op papier, maar ook bij de wijze waarop het strafrecht wordt uitgeoefend. Zie: C. Kelk, *Strafrecht binnen menselijke proporties* (afscheidsrede Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 7.

publiekrecht en aldus ook van het strafprocesrecht. We erkennen er de gelijkheid, autonomie en individuele vrijheid van ieder mens mee, dus ook van degenen die normoverschrijdend gedrag – gedrag in strijd met de strafwet – vertonen.

In deze zin ook paus Franciscus in een op 23 oktober 2014 uitgesproken rede tijdens een audiëntie met internationale organisaties op het terrein van de strafrechtspleging, waaronder de AIDP:

*'In the application of punishment, caution must be the underlying principle of criminal law systems, and the full operative force of the pro homine principle must guarantee that States are not allowed, juridically or in fact, to subordinate respect for the dignity of the human person to any other purpose, even should it serve some sort of social utility. Respect for human dignity must serve not only to limit arbitrariness and the excesses of the agents of the State, but act as a guiding criterion for the prosecution and punishment of those actions which represent the most serious attacks against the dignity and integrity of the human person.'*⁸⁷

Daaraan moet worden toegevoegd dat het ook een eis van humaniteit is om het in de kerkelijke afdoening van misbruikzaken te vaak verwaarloosde slachtofferperspectief te verdisconteren.

Tegen de achtergrond van de in paragraaf 2 geschetste bevindingen over de doelstellingen van het strafprocesrecht en de realisatie van een toekomstbestendige strafrechtspleging geeft

87 Rede gepubliceerd in een uitgave van de AIDP: *For a real human justice, Audience of Pope Francis to Association Internationale de Droit Pénal, Société Internationale de Criminologie, Société Internationale de Défense Sociale, International Penal and Penitentiary Foundation, Word Society of Victimology, Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología*, Vatican City, 23 oktober 2014, beschikbaar via: www.penal.org/sites/default/files/Book%20Pope%27s%20Audience_0.pdf, p. 25.

het voorgaande aanleiding de volgende voor de fase van bewijsvergaring relevante grondbeginselen nader te beschouwen:

1. integriteit van het proces;
2. de onschuldpresumptie;
3. de bescherming van de persoonlijke levenssfeer;
4. proportionaliteit.

In het vervolg van deze rede licht ik toe waarom het om deze vier grondbeginselen gaat en wat dit naar mijn voorlopige bevindingen betekent.

Het gaat om voorlopige bevindingen. De selectie van grondbeginselen die universele erkenning genieten (of verdienen) alsook de identificatie van de grondslagen, betekenis en concrete uitwerking ervan is complex en vraagt om verdere uitdieping in onderzoek en debat. De hierna toe te lichten voorlopige selectie van grondbeginselen en de duiding ervan is vooral gebaseerd op Europees georiënteerde opvattingen en rechtspraak, waar passend aangevuld met Amerikaanse bronnen. Verder rechtsvergelijkend onderzoek naar de betekenis van de grondbeginselen in bijvoorbeeld de Verenigde Staten en Canada is nodig. Een overtuigende basis in rechtsvergelijkend onderzoek zal de grondbeginselen daadwerkelijk de kracht kunnen geven van universele waarden die zwaarder wegen dan nationale regels. Een dergelijk wetenschappelijk fundament zal de integratie van de normering van bewijsvergaring kunnen bevorderen.

3.2 INTEGRITEIT VAN HET PROCES

Dit eerste grondbeginsel is direct verbonden met de kern van het strafprocesrecht: slechts een menswaardige procedure die leidt tot de vaststelling van schuld en strafoplegging, kan de

toepassing van het materiële strafrecht rechtvaardigen.⁸⁸ De norm van integriteit is een procedurele waarborg voor die menswaardige toepassing jegens alle in de procedure betrokkenen. Het gaat mij dus om een begrip van procedurele integriteit dat meer omvat dan de gebondenheid aan het recht op een eerlijk proces zoals gewaarborgd in artikel 6 EVRM, artikelen 47 en 48 Handvest van de grondrechten EU en artikel 14 IVBPR, met de daaruit voortvloeiende concrete verdedigingsrechten en waarborgen voor een eerlijke procedure.⁸⁹

Voor de fase van bewijsvergaring is juist dit bredere begrip van de integriteit van het proces essentieel. Ten tijde van de bewijsvergaring zal de verdachte doorgaans nog niet actief een rol spelen of is een verdachte zelfs nog niet in beeld. De verdedigingsrechten en de specifieke vereisten voor een faire berechting blijven daarom in deze rede verder buiten beschouwing.⁹⁰ Dat betekent niet dat verdedigingsrechten irrelevant zijn voor

88 Vgl. par. 2.3 en Ashworth & Zedner 2008, p. 22 en 49; S.J. Summers, *Fair Trials. The European Criminal Procedural Tradition and the European Court of Human Rights*, Oxford: Hart Publishing 2007, p. 170; Allen, Hoffmann, Livingston & Stunz, 2005, p. 77: 'All this constitutional regulation begins with the idea of due process: When the state uses its coercive machinery to catch and punish criminals, it must treat people fairly, even the people it wishes to punish. That idea probably underlies the law of criminal procedure in all free societies.'

89 En dus ook breder is dan het Angelsaksische concept van *due process*. Zie hierover D.J. Galligan, *Due Process and Fair Procedures. A Study of Administrative Procedures*, Oxford: Oxford University Press 1996, p. 52-58. De opname van het recht op een eerlijk proces in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering, als een zelfstandige norm naar artikel 6 EVRM (en artikelen 47 en 48 Handvest) en het opnemen van het recht op een eerlijk proces in de Grondwet zou óók uitdrukking kunnen geven aan dit bredere concept van integriteit.

90 Zie voor een uitvoerige analyse van de grondslagen en aspecten van het recht op een fair trial: Summers 2007.

de fase van bewijsvergaring.⁹¹ Waar een verdachte wél in beeld is of bij de ondervraging ermee rekening moet worden gehouden dat de verklaring wordt gebruikt in verband met de oplegging van een punitieve sanctie,⁹² dienen het zwijgrecht en het recht op bescherming tegen zelf-incriminatie (het *nemo tenetur*-beginsel) in acht te worden genomen.⁹³ De verdediging wordt reeds tijdens het onderzoek waar mogelijk in de gelegenheid gesteld de verdedigingsrechten uit te oefenen, bijvoorbeeld als getuigen worden gehoord. Ook mag een verdachte niet worden uitgelokt een strafbaar feit te plegen⁹⁴ en heeft een verdachte recht op rechtsbijstand bij het politieverhoor.⁹⁵ Bovendien hebben de verdedigingsrechten die primair tijdens de berechting vorm krijgen, een reflexwerking op de fase van bewijsvergaring.⁹⁶ Zo is transparantie over de wijze waarop de bewijsvergaring heeft plaatsgevonden, van belang voor het recht van de verdediging het vergaarde bewijs te betwisten en de wijze van vergaring aan de orde te stellen. Daarop moet dus worden geanticipeerd, wat bijvoorbeeld tot uitdrukking komt in de verbaliseringsplicht.

91 Zie over verdedigingsrechten in het vooronderzoek: P.H.P.H.M.C. van Kempen, 'Verdedigingsrechten in het vooronderzoek in Nederland', *Strafblad* februari 2011.

92 HR 12 juli 2013, *NJ* 2013, 435 m.nt. J.W. Zwemmer, r.o. 3.7-3.9; HR 24 april 2015, *ECLI:NL:HR:2015:1117*, r.o. 4.3.5 en 4.4.3; de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Keus van 12 april 2017, *ECLI:NL:RVS:2017:1034*; *ABRvS* 27 juni 2018, *ECLI:NL:RVS:2018:2115*, r.o. 7.1-7.4.

93 Zie over de betekenis van dit beginsel: L. Stevens, *Het nemo tenetur-beginsel in strafzaken. Van zwijgrecht naar containerbegrip* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005.

94 Zie bijv. *EHRM* 9 juni 1998, *NJ* 2001, 471, m.nt. Knigge (*Texeira de Castro*); vgl. de artikelen 126h lid 2 en 126i lid 2 Sv.

95 *EHRM* 17 november 2008, *NJ* 2009, 214, m.nt. Reijntjes (*Salduz*); Richtlijn 2013/48/EU van 22 oktober 2013 betreffende het recht op toegang tot een advocaat in strafprocedures; vgl. de artikelen 27c e.v. Sv.

96 Summers 2007, p. 184.

Ik wijs op deze plaats ook nog op het professionele verschoningsrecht. Het verschoningsrecht heeft een regulerende betekenis voor de bewijsvergaring voor zover die vergaring betrekking heeft op communicatie in de vertrouwelijke relatie tussen advocaat en cliënt of arts en patiënt, of als journalistieke bronnen kunnen worden prijsgegeven.⁹⁷ Ook die regulerende betekenis laat ik hier rusten.

Het is me hier dus te doen om een breder concept van integriteit dan alleen de rechten die we ontleen aan het recht op een eerlijk proces. De uitwerking van het concept van de integriteit van de procedure in meer abstracte zin houdt in dat de overheid haar burgers op een faire, integere (dus menswaardige) wijze dient te behandelen.⁹⁸ Dat wil zeggen: een gelijke, proportionele bevoegdheidsuitoefening op grond van een in het recht gegeven grondslag voor die bevoegdheidsuitoefening met inachtneming van de fundamentele rechten van het individu.⁹⁹ De vormgeving van bevoegdheden voor bewijsvergaring in het recht en de uitoefening van die bevoegdheden moeten in de eerste plaats aan

97 Telegraaf-zaak en zie bijv. P.A.M. Mevis, 'De bescherming van het verschoningsrecht uit hoofde van beroep, stand of ambt bij de toepassing van dwangmiddelen', *DD* 2006, 12; M.J. Borgers & T. Kooijmans, 'Een lichtzinnig voorstel omtrent het verschoningsrecht in strafzaken', *DD* 2012, 56; C.H. Brants, 'Het journalistieke privilege in Nederland: hoe zinvol en wenselijk is een wettelijke regeling?', *DD* 2008, 25.

98 Sen wijst op de onvolledigheid van het realiseren van rechtvaardigheid door alleen institutionele rechtvaardigheid. Instituties moeten daarnaast die rechtvaardigheid ook bevorderen: 'To ask how things are going and whether they can be improved is a constant and inescapable part of the pursuit of justice.' Zie: A. Sen, *The Idea of Justice*, London: Penguin Books 2010, p. 82-86.

99 In die zin is legaliteit ook dienstbaar aan het grondbeginsel van eerlijkheid en integriteit van het proces. Zie over de relatie tussen 'process' en 'fair treatment' voorts: Galligan 1996, p. 54-82. Ook de beginselen van de in het Nederlandse strafprocesrecht geldende beginselen van een behoorlijk strafprocesrecht zijn hieraan te relateren. Zie hierover: Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, III.3.

de vereisten voor een eerlijke en integere procedure voldoen. Daarbovenop, en dat is waar het mij in het bijzonder om gaat, dient het proces als geheel, dat wil zeggen vanaf het moment van de vergaring tot het concrete gebruik van het bewijs in de strafzaak, integer te zijn. Het mag geen rol spelen of het strafrechtelijke bewijs is vergaard met uitoefening van strafvorderlijke bevoegdheden onder verantwoordelijkheid van de Nederlandse officier van justitie, dan wel door een andere autoriteit. Of sprake is van een integer proces, kan niet alleen worden beoordeeld op grond van de vraag of is gehandeld in overeenstemming met de nationaalrechtelijke regels voor die vergaring. Het gaat erom of de procedure als geheel leidt tot een menswaardige strafrechtstoepassing.

Hier kan een parallel met het Amerikaanse concept van ‘due process’ worden getrokken. *Due process* wordt op grond van de rechtspraak van het *Supreme Court* begrepen als een concept dat stoelt op vier uitwerkingen: *due process* als de ‘rule of law’ (in de zin van legaliteit; een in het recht neergelegd proces), *due process* als naleving van ‘the Bill of Rights’ (dus een proces dat recht doet aan de fundamentele rechten van de mens), *due process* ter verzekering van de accurate toepassing van het recht (dus ter bescherming van de onschuldigen en ter voorkoming van willekeur) en, ten vierde, *due process* als een vereiste van fundamentele eerlijkheid (dat het beste kan worden begrepen als een waarborg voor integere toepassing van het recht).¹⁰⁰ *Due process* in die laatste zin is vergelijkbaar met de betekenis van integriteit van de procedure in de hiervoor bedoelde zin.

100 Allen, Hoffmann, Livingston & Stunz, 2005, p. 85-93.

Om daadwerkelijk integere bewijsvergaring te kunnen realiseren dient het proces ook te voorzien in waarborgen die de burger beschermen tegen *niet* integere bewijsvergaring. Die waarborgen worden in de eerste plaats geboden door de in het recht neergelegde eerlijke en integere procedure voor bewijsvergaring. Daarnaast moet er een rechtsmiddel (*remedy*) bestaan wanneer er bewijsvergaring heeft plaatsgevonden die in strijd is met de in het recht neergelegde eerlijke en integere procedure en de daarbij in acht te nemen fundamentele rechten van de burger.¹⁰¹ Die *remedy* moet bovendien bestaan wanneer moet worden geoordeeld dat de procedure als geheel in de concrete toepassing niet als integer kan worden beschouwd. Dat is het noodzakelijke uitvloeisel van de eis dat de strafrechtstoepassing in haar uitwerking richting alle betrokkenen menswaardig moet zijn. Randvoorwaarde voor het kunnen bieden van de bedoelde *remedy* is dat er voldoende mate van transparantie over de volledige procedure en de toepassing ervan wordt geboden.¹⁰²

Dit werpt onvermijdelijk de vraag op wat deze constatering heeft te betekenen voor de sanctionering van onregelmatigheden tijdens de bewijsvergaring en de wijze waarop de huidige toepassing van artikel 359a Sv zich hiertoe verhoudt. Dat is dan ook een van de onderwerpen waarop ik in het laatste deel van deze rede terugkom.

3.3 DE ONSCHULDPRESUMPTIE

Alhoewel de onschuldpresumptie, zeker in haar betekenis als bewijs- en beslisregel, in zekere zin is verweven met

101 Dat vloeit ter zake van schendingen van het EVRM bij de bewijsvergaring ook voort uit artikel 13 EVRM.

102 Vgl. Hirsch Ballin 2012, p. 537-538.

het grondbeginsel van ‘integriteit van het proces’,¹⁰³ heeft de onschuldpresumptie voor strafrechtelijke bewijsvergaring ook zelfstandige betekenis. Die zelfstandige betekenis is zowel gestoeld op de eerdere karakterisering van het strafprocesrecht als op de universele onderkenning van de onschuldpresumptie als fundamenteel beginsel.¹⁰⁴

De onschuldpresumptie is onlosmakelijk verbonden met de (internationaal gedeelde) hoofddoelstelling van het strafprocesrecht.¹⁰⁵ In die hoofddoelstelling ligt besloten dat zoveel mogelijk moet worden voorkomen dat onschuldigen worden onderworpen aan strafrechtelijke vervolging en berechting en dat eenieder onschuldig moet worden geacht totdat het tegendeel is bewezen.¹⁰⁶ De presumptie houdt ook direct verband met het recht op respect voor de menselijke waardigheid: het fundament is een ‘goedheidsvermoeden’ dat ieder mens toekomt en inherent is aan een rechtsstatelijke relatie tussen staat en burger.¹⁰⁷ De onschuldpresumptie is bovendien als fundamenteel

103 Zo wordt ook in mensenrechtenverdragen de onschuldpresumptie in de eerste plaats als een element of uitvloeisel gezien van het recht op een eerlijk proces: het is gewaarborgd in het tweede lid van artikel 6 EVRM en het tweede lid van artikel 14 IVBPR. Zie bijv. EHRM 12 juli 2013 (*Allen v. The United Kingdom*), app. no. 25424/09, par. 93.

104 Vgl. A. Ashworth, ‘Four Threats to the Presumption of Innocence’, *The International Journal of Evidence and Proof* 2006, vol. 10, issue 4, p. 243-244. Zie voor een uitvoeriger analyse van de betekenis van de onschuldpresumptie als fundamenteel beginsel: J.H.B. Bemelmans, *Totdat het tegendeel is bewezen. De onschuldpresumptie in rechtshistorisch, internationaalrechtelijk en Nederlands strafprocesrechtelijk perspectief*, Deventer: Wolters Kluwer 2018; E. van Sliedregt, *Tien tegen één. Een hedendaagse bezinning op de onschuldpresumptie* (oratie VU Amsterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009; Hirsch Ballin 2012, p. 547-549.

105 Zie par. 2.3.

106 Vgl. Bemelmans 2018, p. 1.

107 Bemelmans 2018, p. 67; Ashworth, 2006, p. 249.

beginsel neergelegd in alle belangrijke mensenrechtenverdragen; daaruit blijkt het universele karakter ervan.¹⁰⁸

De betekenis van de onschuldpresumptie voor de fase van bewijsvergaring is evenwel beperkter. Primair wordt de onschuldpresumptie begrepen als een bewijs- en beslisregel; zij richt zich tegen voorbarige en ongefundeerde veroordelingen. In die betekenis is het, aldus Van Sliedregt, een absoluut recht.¹⁰⁹ De betekenis van de onschuldpresumptie buiten die context is door Van Sliedregt – ten aanzien van het vooronderzoek (in de eerste plaats het voorarrest) – uitgelegd als het voorkomen van excessen.¹¹⁰ Bemelmans maakt in zijn proefschrift over de onschuldpresumptie onderscheid tussen de ‘behandelingsdimensie’ en de ‘bewijsdimensie’.¹¹¹ De behandelingsdimensie betreft in feite een instructienorm dat de overheid zich dient te onthouden van bejegening als schuldige aan een strafbaar feit (en dat is wat anders dan bejegening als onschuldige).¹¹² Bemelmans verwerpt bovendien de opvatting dat de betekenis van de onschuldpresumptie zo moet worden uitgelegd dat een verdenking, als een voorlopige aanwijzing van schuld, de toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden legitimeert en dat dit ook heeft te betekenen dat een zwaarder criterium (bijvoorbeeld ernstige bezwaren) ook

108 Zie met name: artikel 6 lid 2 EVRM, artikel 48 lid 1 Handvest van de Grondrechten van de EU, artikel 14 lid 2 IVBPR en artikel 11 lid 1 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens. In de lidstaten van de EU is de betekenis van de onschuldpresumptie bovendien versterkt door Richtlijn 2016/343 betreffende de versterking van bepaalde aspecten van het vermoeden van onschuld en van het recht om in strafprocedures bij de terechtzitting aanwezig te zijn (de implementatietermijn verliep op 1 april 2018). Zie nader: Bemelmans 2018, p. 61-66; Van Sliedregt 2009, p. 22-23; Bemelmans 2018, p. 1.

109 Zie Van Sliedregt 2009, p. 37.

110 Van Sliedregt 2009, p. 37.

111 Bemelmans 2018, p. 66.

112 Bemelmans 2018, p. 146-147.

zwaardere bevoegdheden kan legitimeren.¹¹³ De beginselen van subsidiariteit en proportionaliteit hebben volgens hem wel (ook) een grondslag in het onschuldvermoeden in die zin dat zwaardere middelen, terwijl lichtere konden worden ingezet, en disproportionele uitoefening van bevoegdheden een uiting kunnen zijn van een behandeling als schuldige.¹¹⁴ Bemelmans is evenwel nog steeds voorzichtig hierbij een verband met de verdenking (of andere legitimerende criteria voor toepassing van strafvorderlijke bevoegdheden) te leggen.¹¹⁵ Om twee redenen zou ik dat wel willen doen.¹¹⁶ In de eerste plaats omdat dergelijke criteria eraan bijdragen dat onschuldigen zoveel mogelijk buiten de strafvorderlijke bevoegdheidsuitoefening worden gehouden.¹¹⁷ In de tweede plaats omdat een beoordeling of in het licht van de beginselen van proportionaliteit en subsidiariteit sprake is van een ‘bejegening als schuldig’ alleen goed mogelijk is als daarbij de feitelijke basis voor de bevoegdheidsuitoefening in ogenschouw wordt genomen. Die feitelijke basis betreft de feiten en omstandigheden die aan het legitimerende criterium ten grondslag worden gelegd.

113 Bemelmans 2018, p. 169-170.

114 Bemelmans 2018, p. 170-171; zie ook p. 422-423.

115 Bemelmans 2018, p. 170-171, en op p. 294-295 in het licht van het EVRM en IVBPR wat sterker.

116 Zo heb ik dat ook in mijn proefschrift gedaan. Zie: Hirsch Ballin 2012, p. 547.

117 Die criteria dragen op die manier ook bij aan de integriteit van de bewijsvergaring. In navolging van Bemelmans wil ik daarmee niet zeggen dat de bejegening als verdachten als een voorschot op de schuldvaststelling moet worden beschouwd. De onschuldpresumptie geldt in gelijke mate voor de verdachte burger. Vgl. ook Y. Buruma, ‘Literatuurbespreking, E. van Sliedregt, Tien tegen één. Een hedendaagse bezinning op de onschuldpresumptie (oratie Vrije Universiteit Amsterdam), Den Haag: BJu 2009 (tweetalige uitgave: Ten to One)’, *DD* 2009, 62; Amar, 1996, p. 1133: ‘The Constitution seeks to protect the innocent. The guilty, in general, receive procedural protection only as an incidental and unavoidable byproduct of protecting the innocent *because* of their innocence.’

Voor bewijsvergaring heeft de onschuldpresumptie dus zelfstandige betekenis als een grondbeginsel dat beschermt tegen behandeling als een schuldige. Bewijsvergaring vereist een rechtvaardiging¹¹⁸ in feiten of omstandigheden die wijzen op geïndividualiseerde betrokkenheid bij een strafbaar feit.¹¹⁹ Een sterkere basis in feiten en omstandigheden rechtvaardigt daarbij zwaardere bevoegdheden, zonder dat dit afdoet aan de onschuldpresumptie van het individu wiens rechten worden beperkt.

Stevens, die de normerende werking van de onschuldpresumptie voor de voorlopige hechtenis heeft onderzocht, merkt terecht op dat deze naast de normerende werking van andere grondbeginselen weinig zichtbaar is. Zo vloeit het vereiste van een legitimerende grondslag (zoals een verdenking) voor de uitoefening van een bevoegdheid reeds voort uit het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Zoals Stevens niettemin in dat verband terecht constateert: de onschuldpresumptie geeft geen sluitend (of exclusief) antwoord op de vraag hoe de vormgeving van voorlopige hechtenis (en dus strafvorderlijke bevoegdheden in het algemeen) eruit moet zien, maar is het startpunt van de discussie erover.¹²⁰

De betekenis van de onschuldpresumptie in de fase van bewijsvergaring beperkt zich tot bescherming tegen behandeling als schuldige. Daarom ligt beperking van die betekenis tot de bewijs-

118 Die rechtvaardiging hoeft dan niet onder alle omstandigheden een 'redelijk vermoeden van schuld' te betreffen, maar het kan ook gaan om lagere aan feitelijke gedragingen te relateren drempels zoals het 'aanwijzingencriterium' dat geldt voor de toepassing van bijzondere opsporingsbevoegdheden in het onderzoek naar terroristische misdrijven (Titel Vb Sv).

119 Vgl. Hirsch Ballin, 2012, p. 548; Ashworth 2006, p. 244.

120 L. Stevens, 'The meaning of the Presumption of Innocence for Pre-trial Detention. An Empirical Approach', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2013, afl. 3, p. 248.

vergarings met het oog op strafrechtelijke vervolging (*criminal charge*) zoals besloten in artikel 6 EVRM en artikel 14 IVBPR evenmin voor de hand.¹²¹ In algemene zin gebiedt het beginsel terughoudendheid jegens onschuldige burgers en vereist het een rechtvaardiging voor de uitoefening van bevoegdheden die ingrijpen in de persoonlijke vrijheid en levenssfeer van burgers. Uit de behandelingsdimensie van de onschuldpresumptie vloeit *niet* voort dat dit alleen feiten en omstandigheden kunnen zijn die wijzen op een strafbaar feit. Juist wanneer het doel van de bewijsvergarings niet strafrechtelijke vervolging betreft (maar bijvoorbeeld de bescherming van de nationale veiligheid of de oplegging van preventieve maatregelen), leidt dit echter niet snel tot een bejegening als schuldige.

Voor de toepassing van de onschuldpresumptie staat dus niet het *criminal charge*-begrip op de voorgrond, maar het besef dat burgers over wie informatie wordt vergaard niet behandeld mogen worden als schuldig.¹²² De praktische gevolgen zijn min of meer dezelfde: als het doel van de informatievergaring niet een *criminal charge* betreft, zal van een behandeling als schuldige in het algemeen geen sprake kunnen zijn. Acceptatie van de

121 Vgl. Bemelmans 2018, p. 174.

122 Eigenlijk is dat een vergelijkbare benadering als in de rechtspraak is aangenomen wat betreft de uitbreiding van de reikwijdte van de onschuldpresumptie. In aanverwante procedures, waar sprake is van een voldoende verband met de strafrechtelijke procedure, wordt het uiten van twijfel over iemands onschuld ten aanzien van feiten waarvoor in een eerdere strafrechtelijke procedure is vrijgesproken in strijd geacht met de (behandelingsdimensie van de) onschuldpresumptie. Zie: EHRM 21 maart 2000, app. no. 28389/95 (*Asan Rishiti v. Austria*). Van schending van de behandelingsdimensie zal echter (veel) minder snel sprake zijn op het moment dat de betrokkene in het geheel nog niet is vervolgd. Zie over de vraag of de reikwijdte van de onschuldpresumptie kan worden uitgestrekt tot Bibob-procedures: CBb 12 maart 2012, AB 2013, 41, m.nt. M.F.H. Hirsch Ballin en R.W. Veldhuis; ABRvS 20 februari 2013, AB 2014, 5, m.nt. M.F.H. Hirsch Ballin en R.W. Veldhuis; ABRvS 18 maart 2015, *Gst.* 2015, 56, m.nt. M.F.H. Hirsch Ballin en R.W. Veldhuis.

doorwerking van de onschuldpresumptie bij de bewijsvergaring in de hier gehanteerde brede zin zal niettemin bijdragen aan het tegengaan van fragmentatie in de normering op basis van het *criminal charge*-begrip.

3.4 DE BESCHERMING VAN DE PERSOONLIJKE LEVENSSFEER

Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer vloeit direct voort uit de bescherming van de individuele vrijheid en autonomie (en aldus waardigheid) van ieder mens. Het is onder meer gewaarborgd in artikel 8 EVRM, de artikelen 7 en 8 van het Handvest van de grondrechten van de EU, artikel 17 IVBPR en artikel 10 van de Grondwet. Het vergaren van bewijs over verdachten, (nog) niet-verdachten en rechtspersonen grijpt onmiskenbaar in het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer in. Dat recht heeft dan ook de meest zichtbare normatieve invloed op bevoegdheden tot bewijsvergaring. Het springt het meest in het oog wanneer bevoegdheden tot bewijsvergaring bij de rechter aan de orde worden gesteld.

Leidend uitgangspunt in de Nederlandse rechtspraak over normering van opsporingsbevoegdheden is dat bevoegdheden die meer dan een beperkte inbreuk maken op de persoonlijke levenssfeer, een specifieke grondslag in de wet behoeven.¹²³ Aan dit uitgangspunt en de invulling die eraan wordt gegeven, ligt in belangrijke mate de rechtspraak van het EHRM ten grondslag. Ook in algemene zin heeft het EHRM veel invloed op de regulering van bevoegdheden tot het vergaren van bewijs, binnen en

123 Zie bijv. HR 19 december 1995, *NJ* 1996, 249 (*Zwolsman*), r.o. 6.4.5; HR 4 april 2017, *NJ* 2017, 229, m.nt. Kooijmans (*Smartphone*), r.o. 2.6, 2.7.2 en 2.5; Gerechtshof Den Haag 25 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1248 (*Context*).

buiten¹²⁴ het strafrecht. Dat geldt in het bijzonder als het gaat om bevoegdheden tot heimelijke surveillance.¹²⁵ Ook de uitspraken van het HvJ van de EU met betrekking tot de artikelen 7 en 8 Handvest van de grondrechten hebben steeds meer invloed op de regulering van bevoegdheden tot bewijsvergaring. Dat geldt vooralsnog met name waar het gaat om toegang tot opgeslagen gegevens en de samenwerking met derde landen.¹²⁶ Zonder in te gaan op de specifieke vereisten die uit de rechtspraak van het EHRM en het HvJ voortvloeien, doe ik op grond van die rechtspraak twee algemene observaties die relevant zijn voor een toekomstbestendige normering van de bewijsvergaring.

In de eerste plaats blijkt uit de Europese rechtspraak dat steeds hogere en preciezere waarborgen ter bescherming van de privacy nodig zijn. De mogelijke consequenties van ingrepen in de persoonlijke levenssfeer zijn als een gevolg van de via het internet communicerende burger en de digitalisering van de samenleving, waaronder ook de bevoegdheden tot vergaring, bewerking en analyse van data, veranderd van aard en minder goed op voorhand te overzien.¹²⁷ Zowel het HvJ als het EHRM

124 Zie bijv. CbB 12 oktober 2017, ECLI:NL:CBB:2017:326, AB 2018, 42 m.nt. Stijnen, r.o. 4.6 en de noot onder 10.

125 Zie met name en meest recent: EHRM 13 september 2018 (*Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom*), app. nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, EHRM 4 december 2015 (*Roman Zakharov v. Russia*), app. no. 47143/06; EHRM 12 januari 2016 (*Szabo and Vissy v. Hungary*), app. no. 37138/14.

126 HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland Ltd/Seitlinger*); HvJ EU 6 oktober 2015, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 (*Schrems t. Digital Rights Ireland Ltd.*); HvJ EU 21 december 2016, C-203/15 en C-698/15, ECLI:EU:C:2-16:970 (*Tele2 t. Post- och telestyrelsen en Secretary of State for the Home Department t. Tom Watson e.a.*).

127 Zie in het bijzonder: EHRM 12 januari 2016 (*Szabo and Vissy v. Hungary*), app. no. 37138/14, par. 68 en 78: 'The governments' more and more widespread practice of transferring and sharing amongst themselves intelligence retrieved by virtue of secret surveillance – a practice, whose usefulness in combating international terrorism is, once again, not open to question and

onderschrijft het belang van precieze waarborgen. Wanneer het gaat om de inzet van heimelijke surveillancebevoegdheden, dient te worden getoetst aan het criterium van ‘strikte noodzakelijkheid’ ter verwezenlijking van het nagestreefde doel.¹²⁸ De legitimiteit van ingrepen in de persoonlijke levenssfeer door de uitoefening van (digitale) bevoegdheden tot het vergaren van informatie wordt indringend en precies door rechters getoetst en bovendien door burgers kritisch gevolgd.¹²⁹

which concerns both exchanges between Member States of the Council of Europe and with other jurisdictions – is yet another factor in requiring particular attention when it comes to external supervision and remedial measures.’ Vgl. voorts: EHRM 13 september 2018 (*Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom*), app. nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, par. 316.

- 128 EHRM 4 december 2015 (*Roman Zakharov v. Russia*), app. no. 47143/06, par. 229-231; HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland Ltd/Seitlinger*), par. 62; EHRM 12 januari 2016 (*Szabo and Vissy v. Hungary*), app. no. 37138/14, par. 73. Het EHRM legt die toets van ‘strict necessity’ uit als tweeledig: zowel noodzakelijkheid als een algemene overweging voor het legitieme nagestreefde doel als noodzakelijkheid in de concrete zaak tot het verkrijgen van essentiële informatie.
- 129 Enkele voorbeelden: EHRM 13 september 2018 (*Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom*), app. nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, HR 7 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1434, over de samenwerking, in het bijzonder de uitwisseling van persoonsgegevens, door de Nederlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten met buitenlandse inlichtingen- en veiligheidsdiensten; Rb. Den Haag 26 juni 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:7459, over de bevoegdheden van de AIVD/MIVD op grond van de WIV 2017, vgl. ook het referendum over de WIV 2017 dat aan deze zaak voorafging; Rb. Den Haag 11 maart 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:2498, waar de voorzieningenrechter naar aanleiding van het arrest van het HvJ *Digital Rights/Seitlinger* de Wet bewaarplicht telecommunicatiegegevens buitenwerking stelde; HR 4 april 2017, NJ 2017, 229, m.nt. Koopmans, waar de Hoge Raad oordeelde dat indien het onderzoek aan de inbeslaggenomen smartphone leidt tot het verkrijgen van een min of meer compleet beeld van bepaalde aspecten van het persoonlijk leven van de gebruiker, bijvoorbeeld door onderzoek aan alle in de smartphone opgeslagen gegevens door gebruikmaking van technische hulpmiddelen, de algemene (beslag)bevoegdheid ex artikel 94 jo. artikelen 95 en 96 onvoldoende grondslag biedt; Gerechtshof Den Haag 25 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1248 (*Context*), waar ter beoordeling stond of het digitaal rechercheren door middel van een vals Facebookaccount een specifieke wettelijke grondslag behoeft (het cassatieberoep loopt nog).

De tweede observatie is dat in concrete zaken waar het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer in het geding is, de focus in toenemende mate is komen te liggen op het volledige plaatje. Dat wil zeggen: het gehele proces dat de inbreuk moet legitimeren alsook het geheel aan vervolgconsequenties van een concrete inbreuk. Zo beoordeelt het EHRM het gehele proces van vergaring tot en met de controle op die vergaring. Het Hof gaat na of sprake is van voldoende waarborgen om de inbreuk te beperken tot het noodzakelijke en bescherming te bieden tegen willekeur.¹³⁰ Bij de beoordeling van het proces als geheel wordt bovendien rekening gehouden met de vervolgconsequenties: geven zij de inbreuk een andere betekenis, bijvoorbeeld omdat gegevens worden gecombineerd waardoor een gedetailleerd profiel wordt verkregen,¹³¹ of omdat toegang kan worden verschaft tot opgeslagen communicatiegegevens aan de autoriteiten die bevoegd zijn tot opsporing en vervolging?¹³² Vanwege die mogelijkheid tot toegang heeft het HvJ van de EU op grond van de artikelen 7 en 8 Handvest ook eisen gesteld aan de voorwaarden voor het verlenen van toegang.¹³³ Vice versa omvat volgens

130 Zie met name: EHRM 4 december 2015 (*Roman Zakharov v. Russia*), app. no. 47143/06, par. 232: ‘The assessment depends on all the circumstances of the case, such as the nature, scope and duration of the possible measures, the grounds required for ordering them, the authorities competent to authorise, carry out and supervise them, and the kind of remedy provided by the national law.’

131 Zie bijv. EHRM 12 januari 2016 (*Szabo and Vissy v. Hungary*), app. no. 37138/14, par. 68 en 70. Vgl. voorts: WRR 2016.

132 Zie: EHRM 4 december 2015 (*Roman Zakharov v. Russia*), app. no. 47143/06, par. 231, waar als een van de minimumwaarborgen ter voorkoming van misbruik van heimelijke surveillancebevoegdheden wordt genoemd: ‘the precautions to be taken when communicating the data to other parties’. En HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland Ltd/Seitlinger*), par. 35.

133 HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland Ltd/Seitlinger*), par. 62; HvJ EU 21 december 2016, C-203/15 en

het HvJ de beoordeling of bewijs kan worden gebruikt in een fiscale zaak, ook de vraag of dat bewijs rechtmatig is vergaard in het kader van een parallelle strafrechtelijke procedure.¹³⁴ Bij het concrete gebruik van het bewijs dient te worden gewaarborgd dat de artikelen 7 en 8 Handvest bij de vergaring (ook als dat een ander kader is) zijn nageleefd. Oftewel: dat gebruik en de bijbehorende daaraan voorafgaande controle zijn het sluitstuk van de normen die op de ingreep van toepassing zijn. Tot slot wordt in de rechtspraak inzake de artikelen 7 en 8 Handvest ook rekening gehouden met de consequenties van samenwerking met andere landen. Dit geldt bijvoorbeeld bij de doorgifte van persoonsgegevens aan landen buiten de EU. Voor de vraag of de ingreep in de persoonlijke levenssfeer voldoende wordt gewaarborgd, is mede relevant onder welke voorwaarden die doorgifte plaatsvindt en wat de mogelijkheden zijn voor gebruik van die gegevens in het derde land.¹³⁵ Ook het EHRM oordeelde in een arrest van 13 september 2018 over de samenwerking met andere landen, namelijk over de ontvangst door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten van een lidstaat van inlichtingen van een derde land. Het EHRM beoordeelt in het licht van artikel 8 EVRM of de voorwaarden waaronder inlichtingen van derde landen kunnen worden ontvangen en waaronder die inlichtingen vervolgens mogen worden onderzocht, gebruikt en opgeslagen de ingreep in de persoonlijke levenssfeer voldoende beperken tot hetgeen noodzakelijk is een democratische samenleving.¹³⁶ In

C-698/15, ECLI:EU:C:2-16:970 (*Tele2 t. Post- och telestyrelsen en Secretary of State for the Home Department t. Tom Watson e.a.*), par. 118-121.

134 HvJ EU 17 december 2015 (*WebMindLicenses Kft.*), C-419/14, par. 88.

135 HvJ EU 6 oktober 2015, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650 (*Schrems t. Digital Rights Ireland Ltd.*), par. 90-95.

136 EHRM 13 september 2018 (*Big Brother Watch and Others v. The United Kingdom*), app. nos. 58170/13, 62322/14 and 24960/15, par. 422-448.

het kader van de strafrechtelijke samenwerking is de verantwoordelijkheid voor het waarborgen van de fundamentele rechten in andere landen niettemin tot nu toe slechts aangenomen indien het gaat om uit- of overlevering naar een ander land. Het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer is nog niet aan de orde gekomen.¹³⁷

In paragraaf 4 kom ik terug op de consequenties van deze twee observaties voor bewijsvergaring over grenzen.

3.5 PROPORTIONALITEIT

Een proportionaliteitstoets ligt al besloten in de beoordeling van de integriteit van het proces, de behandelingsdimensie van de onschuldpresumptie en de gerechtvaardigdheid van ingrepen op de persoonlijke levenssfeer. Toch heeft proportionaliteit voor bewijsvergaring over grenzen ook een zelfstandige betekenis. Proportionaliteit wordt als constitutioneel beginsel breed gedragen wanneer sprake is van conflicterende belangen of rech-

137 Zie bijv. EHRM 7 juli 1989, app. no. 14038/88 (*Soering v. The United Kingdom*), par. 86, 91 en 113; EHRM 13 december 2012, app. no. 39630/09 (*El Masri v. The Former Yugoslav Republic of Macedonia*), par. 239. In het kader van de Europese samenwerking verplicht reeds artikel 19 Handvest ertoe dat wordt nagegaan dat de uit te leveren persoon in het derde land niet onmenselijk of vernederend wordt behandeld. Zie: HvJ EU 6 september 2016, C-182/15, ECLI:EU:C:2016:630 (*Petruhhin*), par. 60. Ook in het kader van de EU-samenwerking dient bij de overlevering evenwel te worden onderzocht, bij concrete aanwijzingen in die richting, of er reëel gevaar bestaat dat de over te leveren persoon in de andere lidstaat wordt onderworpen aan een onmenselijke of vernederende behandeling in de zin van artikel 4 van het Handvest van de grondrechten. Zie: HvJ EU 5 april 2016, C-404/15 en C-659/15 PPU, EU:C:2016:198 (*Aranyosi en Căldăraru*); HvJ EU 25 juli 2018, C-220/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:589 (*ML*). In HvJ 25 juli 2018, C-216/18 PPU, ECLI:EU:C:2018:586 (*LM*), strekte het HvJ de verantwoordelijkheid van de uitvoerende lidstaat uit tot schending van het recht op een eerlijk proces in de kern (en aldus niet reparabel).

ten.¹³⁸ Proportionaliteit normeert de inzet van bevoegdheden in vier opzichten: ze vereist (1) dat de overheid aantoonst dat de bevoegdheid wordt aangewend voor een legitiem doel; (2) dat de aangewende bevoegdheid bijdraagt aan het bereiken van dat legitieme doel ('*rational connection*'); (3) dat geen minder ingrijpende middelen beschikbaar zijn om het doel te bereiken (subsidiariteit of noodzakelijkheid; en (4) dat de aanwending van de bevoegdheid ook overigens proportioneel is in verhouding tot de ingreep op rechten die het tot gevolg heeft (proportionaliteit *stricto sensu*).¹³⁹

Dat het bewijs voor een legitiem doel moet worden vergaard, vertaalt zich in de keuze voor een normerend kader met bijbehorende vereiste concrete rechtvaardiging. Het aspect van een 'rational connection' werkt beperkend in die zin dat de inzet van bevoegdheden moet bijdragen aan de realisering van dat doel. Noodzakelijkheid betekent dat de toegepaste bevoegdheid tot bewijsvergaring noodzakelijk is om het legitieme doel te bereiken. De proportionaliteit *stricto sensu* beperkt de bevoegdheid in die zin dat er een proportionele verhouding moet zijn tot de legitieme belangen en rechten van de betrokkenen.

Proportionaliteit kan als grondbeginsel in haar vierledige betekenis sturing geven aan het normeren van bewijsvergaring over

138 Zie hierover: M. Cohen & I. Porat, *Proportionality and Constitutional Culture*, Cambridge: Cambridge University Press 2013, p. 1-2, 10-14 en 153; Jackson 2010, p. 60. In de Verenigde Staten geldt het min of meer in zijn uitwerking vergelijkbare concept van 'balancing'.

139 A. Barak, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge: Cambridge University Press 2012, p. 131, en voor een uitgebreide analyse van die vier componenten: p. 234-370; Cohen & Porat 2013, p. 2. In deze vier betekenissen vormt proportionaliteit ook de kern van de beperkingsclausules van mensenrechten.

grenzen. Het biedt structuur, waar die structuur door strikte scheidslijnen van rechtsgebieden of landsgrenzen wordt gecombineerd.¹⁴⁰ Als normerend beginsel is het van betekenis voor de verhouding tussen het strafrecht en de aanpalende rechtsgebieden, met name het bestuursrecht en het nationale veiligheidsrecht. Die structuur kan worden gevonden door afstemming tussen samenwerkende autoriteiten van de doelstellingen van de bewijsvergaring en op basis daarvan de passende (proportionele) keuze voor de verantwoordelijke autoriteiten en de aan die autoriteiten ter beschikking staande bevoegdheden om bewijs te vergaren. Het gaat daarbij niet om een dwingende keuze vooraf, maar om een voortdurend proces dat – gestuurd door proportionaliteit – kan inhouden dat geschakeld wordt tussen verantwoordelijke autoriteiten en/of bevoegdheden. Bevoegdheden kunnen ook worden gecombineerd en parallel worden uitgeoefend, mits de zwaarste bevoegdheden (in de regel de strafvorderlijke) ook door het legitieme doel en de legitimerende feiten en omstandigheden in het concrete geval worden gerechtvaardigd (proportionaliteit *stricto sensu*). Tot slot, als laatste onderdeel van het proportionele proces, dient het gebruik van het vergaarde materiaal in redelijke verhouding te staan tot de ingreep in de belangen en rechten van de betrokkenen. Oftewel: het grondbeginsel van proportionaliteit moet ertoe leiden dat het proces van bewijsvergaring een coherent geheel vormt met het proces waarin het vergaarde bewijs wordt gebruikt. Het geeft sturing bij de afstemming van methoden en het uiteindelijke gebruik van het vergaarde materiaal, alsook bij de beoordeling of dat gehele proces integer is geweest.

140 Vgl. Barak 2012, p. 460-462.

4 NORMERING VAN BEWIJSVERGARING OVER GRENZEN

Na het vorige deel, dat ging over de grenzen aan strafvorderlijke bewijsvergaring over grenzen, kunnen nu de concrete consequenties van die grenzen worden geduid. Welke aspecten leiden op dit moment in de praktijk tot problemen en zijn gebaat bij geïntegreerde normering? Op welke wijze geven de grondbeginselen daarbij richting? Daarbij heb ik niet tot doel een uitgewerkt regulerend kader te presenteren. Het gaat mij erom de aspecten van dat regulerend kader die in de huidige praktijk aanpassing behoeven, aan te wijzen en een alternatief perspectief te bieden. Ik ga daarvoor in op de bevoegdheid tot bewijsvergaring, de controle op de strafrechtelijke bewijsvergaring en het afleggen van verantwoording voor onrechtmatige bewijsvergaring. Doel hiervan is te laten zien dat integratie van de normering van bewijsvergaring over grenzen op (in ieder geval) die drie aspecten, bijdraagt aan een toekomstbestendige strafrechtspleging. Het is de onvermijdelijke vervolgstap van samenwerking met andere autoriteiten door bevoegdheden om criminaliteit en onveiligheid tegen te gaan te integreren.

4.1 HOE WORDT INTEGRATIE IN DE FASE VAN BEWIJSVERGARING BEREIKT?

Integratie betekent niet dat dezelfde regels moeten gelden voor elke bewijsvergarende autoriteit; dus voor toezichthouders (bijvoorbeeld IGZ, AFM of NVWA), voor politie en justitie en voor inlichtingen- en veiligheidsdiensten in binnen- of buitenland. Het gaat evenmin om institutionele integratie. Het betekent wel

dat er eensgezindheid moet bestaan over de beginselen die de bewijsvergaring normeren en over de uitwerking daarvan op uitoefening van bevoegdheden, controle en sanctionering van onrechtmatigheden. Hiervoor bestaan, zoals al is toegelicht, ook goede argumenten. Waar doelstellingen van rechtsgebieden elkaar gaan overlappen, raakt dit ook onderliggende (grond-) beginselen. De grondbeginselen die ik in kaart bracht, zijn verbonden aan de hoofdoelstelling van het strafprocesrecht: het gebruik van bewijs (belastend of ontlastend) ten behoeve van de juiste, accurate en menswaardige toepassing van het strafrecht op de daadwerkelijk schuldigen. Die grondbeginselen brengen een verantwoordelijkheid mee die reikt tot over de grens van het eigen rechtsgebied en de eigen landsgrens (vgl. par. 2.3). Dit betekent dat integratie van de normering van bewijsvergaring kan worden bereikt op basis van de erkenning van grondbeginselen van integriteit van de procedure, de onschuldpresumptie, de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en proportionaliteit.

Ik zal toelichten wat dit concreet betekent voor de bevoegdheid tot bewijsvergaring, voor de controlerende taak van de strafrechter en voor de wijze waarop een *remedy* wordt geboden voor onrechtmatige bewijsvergaring.

4.2 DE BEVOEGDE AUTORITEIT

In welke gevallen en onder welke voorwaarden een autoriteit bevoegd is tot bewijsvergaring, wordt – in Nederland en andere Europese landen – gestuurd door het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer zoals gewaarborgd in de artikelen 8 EVRM en 7 en 8 Handvest in samenhang met de beperkings-

clause van artikel 52 lid 1 Handvest.¹⁴¹ Integratie van de normering van bewijsvergaring maakt dat niet anders. Het doel waarvoor de bevoegdheid tot vergaring wordt aangewend, is bepalend voor het toepasselijke kader. Daarbij dient te worden aangetekend dat de bevoegdheid alleen mag worden aangewend indien dat noodzakelijk is voor het betreffende legitieme doel.¹⁴² Voorts geven het vereiste van een integere procedure en het beginsel van proportionaliteit richting bij het vormgeven van concrete grondslagen in het recht voor bevoegdheden tot bewijsvergaring, bijvoorbeeld ter bepaling welke autoriteit bevoegd is en welke voorwaarden bij de uitoefening in acht moeten worden genomen. Dit betreft in de uitwerking op zichzelf niet zoveel nieuws. Het gaat er hier om dat het denken over de bevoegdheidsregelingen wordt gebaseerd op universeel gedeelde grondbeginselen. Het door mij op basis van die grondbeginselen geschetste kader voor bewijsvergaring over grenzen lijkt evenwel niet te leiden tot wijzigingen in die regelingen in de verschillende relevante rechtsgebieden. Dat lijkt niet nodig om integratie van de normering te bereiken.

Dit is anders waar het gaat om de bevoegdheid tot extra-territoriale bewijsvergaring. Dat Nederlandse autoriteiten in beginsel niet bevoegd zijn tot het vergaren van bewijs over de

141 Zoals toegelicht spelen daarnaast de onschuldpresumptie en het beginsel van proportionaliteit (als zelfstandig beginsel in aanvulling op de proportionaliteitstoets die ligt besloten in de beperkingsclausules van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer) een rol.

142 Zie bijv. EHRM 4 december 2015 (*Roman Zakharov v. Russia*), app. no. 47143/06, par. 232; EHRM 2 augustus 1984 (*Malone v. The United Kingdom*), app. no. 8691/79, par. 81; HvJ EU 5 oktober 2010 (*J. McB. T. L. E.*), C-400/10, par. 53; HvJ EU 8 april 2014, C-293/12 en C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238 (*Digital Rights Ireland Ltd/Seitlinger*), par. 38. Vgl. voorts het voorstel voor codificering in het gemederniseerde Wetboek van Strafvordering van het beginsel dat een bevoegdheid niet mag worden uitgeoefend voor een ander doel dan waarvoor zij is gegeven (voorgestelde artikel 2.1.2.1).

landsgrenzen heen is geen uitvloeisel van een van de genoemde grondbeginselen, maar van het territorialiteitsbeginsel dat de rechtsmacht van staten in het internationale recht afbakt. Wanneer staten onderling integratie van de fase van bewijsvergaring nastreven met inachtneming van de geschetste grondbeginselen, zal dat bijdragen aan de acceptatie van de gewenste (zie par. 2.2) extraterritoriale inzet van (digitale) methoden tot bewijsvergaring.¹⁴³ Er kan dan immers op worden vertrouwd dat de bevoegdheden in de optredende lidstaat worden ingezet op een wijze die correspondeert met het eigen stelsel en dat een voldoende *remedy* wordt geboden ter zake van optreden dat in strijd komt met de grondbeginselen. Dit zal een adequate opsporing en preventie van met name cybercrime en terrorisme kunnen verbeteren en ook overigens kunnen leiden tot versterkt vertrouwen. Daarvan mag een versoepeling van de internationale samenwerking worden verwacht.

Integratie van de aanpak op een bepaald terrein, zoals terrorisme of financieel-economische criminaliteit, betekent bovendien dat de verschillende betrokken autoriteiten de inzet van hun bevoegdheden moeten afstemmen. Ook die afstemming en de adequaatheid ervan zijn gebaat bij gedeelde normen. Die afstemming kan, afhankelijk van de bij de vergaring vooropstaande doelen, betekenen dat bijvoorbeeld strafvorderlijke en bestuursrechtelijke bevoegdheden naast elkaar worden ingezet. Pas ná de fase van bewijsvergaring zou vervolgens op grond van de onderzochte feiten moeten worden gekozen voor de meest passende reactie(s).¹⁴⁴ De keuze voor een reactie, of juist het

143 Zie voor een verdere verkenning van uitbreiding van de mogelijkheden tot extraterritoriale inzet van digitale opsporingsbevoegdheden door afstand te nemen van het territorialiteitsbeginsel: Hirsch Ballin 2018.

144 Vgl. Lamp 2014, p. 20-23.

uitblijven daarvan, of een combinatie van reacties, en voor het land dat verantwoordelijk is voor de betreffende reactie(s) dient immers in het geheel als coherent en evenredig te kunnen worden aangemerkt, waarbij het ne bis in idem-beginsel cumulatief van reacties normeert. Het aan die reacties ten grondslag te leggen bewijs kan al dan niet ten dele afkomstig zijn van bevoegdheden met een grondslag in een ander rechtsgebied. Omdat, zoals gezegd, de grondbeginselen een toets van het geheel vergen, dient bij de toetsing van het aan die reactie ten grondslag te leggen bewijs rekening te worden gehouden met eventuele vergaring over de grens. Op de consequenties voor die toetsing ga ik nu nader in.

4.3 TOETSING VAN DE BEWIJSVERGARING

De toetsing door de strafrechter van de rechtmatigheid van de wijze waarop bewijs is vergaard, is al lang niet meer beperkt tot de fase waarin sprake is van een verdenking van een strafbaar feit. Het denken daarover wordt gestuurd door de uitleg die wordt gegeven aan het opsporingsbegrip: als sprake is van opsporing, is het strafvorderlijk stelsel van normen en waarborgen van toepassing.¹⁴⁵ Met de totstandkoming van de Wet opsporing en vervolging terroristische misdrijven¹⁴⁶ is het verband tussen het criterium van een verdenking (of, daaraan voorafgaand, een redelijk vermoeden dat in georganiseerd verband

145 Vgl. M.J. Borgers, '6.1 Art. 132a: een heldere en functionele afbakening van het opsporingsbegrip?', in: A.L. Melai/M.S. Groenhuijsen e.a., *Wetboek van Strafvordering*, aant. 6.1 bij artikel 132a Sv; M.J. Borgers, 'Hoofdstuk 16. De onderzoeksfase: toezicht, controle en opsporing', in: F.G.H. Kristen, R.M.I. Lamp, J.M.W. Lindeman & M.J.J.P. Luchtman (red.), *Bijzonder strafrecht. Strafrechtelijke handhaving van sociaal-economisch en fiscaal recht in Nederland*, Den Haag: Boom Lemma uitgevers 2011, p. 457.

146 *Stb.* 2006, 580.

misdrijven worden beraamd of gepleegd)¹⁴⁷ en het beginpunt van de opsporing losgelaten.¹⁴⁸ Bepalend voor de vraag of sprake is van opsporing, is het doel van het onderzoek. Als het doel van het onderzoek het nemen van strafvorderlijke beslissingen is, betekent dit dat het onderzoek onder gezag van de officier van justitie moet worden uitgevoerd (artikel 148 Sv) en dat de verbaliseringsplicht van toepassing is (artikel 152 Sv).¹⁴⁹ Is er sprake van opsporing, dan toetst de strafrechter op grond van artikel 359a Sv of vormen zijn verzuimd tijdens het opsporingsonderzoek en zo ja, of daar al dan niet een sanctie aan moet worden verbonden.¹⁵⁰ De vraag of onrechtmatigheden tijdens het proces van bewijsvergaring moeten worden getoetst, concentreert zich in de rechtspraak en de literatuur dan ook over het algemeen op de vraag of sprake was van opsporing in de zin van artikel 132a Sv (en dus van voorbereidend onderzoek als gedefinieerd in artikel 132 Sv, wat de term is die wordt gebruikt in artikel 359a Sv). Door het doel van de onderzoekshandelin-

147 Artikel 132a Sv luidde vóór 1 februari 2007: 'Onder het opsporingsonderzoek wordt verstaan het onderzoek onder leiding van de officier van justitie naar aanleiding van een redelijk vermoeden dat een strafbaar feit is begaan of dat in georganiseerd verband misdrijven worden beraamd of gepleegd, als omschreven in artikel 67, eerste lid, die gezien hun aard of samenhang met andere misdrijven die in dat georganiseerd verband worden beraamd of gepleegd een ernstige inbreuk op de rechtsorde opleveren, met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.'

148 Artikel 132a Sv luidt thans: 'Onder opsporing wordt verstaan het onderzoek in verband met strafbare feiten onder gezag van de officier van justitie met als doel het nemen van strafvorderlijke beslissingen.'

149 Borgers 2011, p. 461. Ook in het moderniseringsproject wordt dat doel als onderscheidend criterium vooropgesteld: 'Onder de opsporing van strafbare feiten waarmee opsporingsambtenaren zijn belast, wordt verstaan het verrichten van onderzoek met betrekking tot strafbare feiten met een strafvorderlijk doel.' Zie conceptwetsvoorstel Boek 1, artikel 1.1.2.2.

150 Zie hierover ook de noot van Keulen onder 1 en 2 bij HR 18 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:706, NJ 2017, 457; vgl. HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, NJ 2004, 376, r.o. 3.4.2.

gen voorop te stellen wordt in recente rechtspraak steeds vaker ook de inzet van controlebevoegdheden door opsporingsambtenaren in verband met strafbare feiten onder de reikwijdte van het opsporingsbegrip geschaard.¹⁵¹ Als er – ten tijde van de inzet van de bevoegdheid – geen verband bestaat met onderzoek met (ook) een strafvorderlijk doel¹⁵² of indien de onderzoekshandelingen niet onder het gezag van de officier van justitie (kunnen) worden uitgeoefend omdat het niet gaat om opsporingsambtenaren, toetst de strafrechter de rechtmatigheid van de vergaring in beginsel¹⁵³ niet. Dat geldt bijvoorbeeld voor de vergaring van bewijs door inlichtingen- en veiligheidsdiensten,¹⁵⁴ onder de

151 Zie bijv. HR 13 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW9338, *NJ* 2013, 413; HR 1 november 2011, ECLI:NL:HR:2016:2454, *NJ* 2017, 84, r.o. 3.4 en 3.7; HR 18 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:706, *NJ* 2017, 456.

152 In het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering wordt dat doel niet langer omschreven als ‘het nemen van strafvorderlijke beslissingen’, maar gaat het om onderzoek met een strafvorderlijk doel. Dat sluit beter aan bij de rechtspraak waarin ook de inzet van controlebevoegdheden in verband met het onderzoek naar strafbare feiten tot de opsporing wordt gerekend en het niet zozeer gaat om het nemen van strafvorderlijke beslissingen, maar om de vraag of strafrechtelijk moet worden ingegrepen. Zie Concept MvT Boek 2, p. 6.

153 In beginsel, omdat de Hoge Raad hierop enkele uitzonderingen aanneemt, te weten wanneer het gebruik van het bewijs zal leiden tot een schending van artikel 6 EVRM (HR 5 oktober 2010, *NJ* 2011, 169, r.o. 4.4.1; HR 5 september 2006, *NJ* 2007, 336, m.nt. Schalken, r.o. 4.7.2), ‘aanwijzingen [bestaan] dat met opsporing of vervolging belaste ambtenaren ernstig inbreuk zouden hebben gemaakt op beginselen van een behoorlijke procesorde of met grove veronachtzaming van de belangen van de verdachte aan diens recht op een eerlijke behandeling van zijn zaak zou zijn tekortgedaan’ (Gerechtshof Den Haag 30 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1082, r.o. 8.2.3.3), doelbewust strafvorderlijke waarborgen zijn omzeild door gebruik te maken van bewijs vergaard door een andere autoriteit (HR 5 september 2006, *NJ* 2007, 336, m.nt. Schalken, r.o. 4.7.2), of overheidsdienaren op enigerlei wijze betrokken zijn bij het optreden of op enige andere wijze de onrechtmatige vergaring hebben geïnitieerd of gefaciliteerd (HR 14 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX7471, *NJ* 2007, 179, r.o. 3.9).

154 HR 5 september 2006, *NJ* 2007, 336, m.nt. Schalken, r.o. 4.7.1.

verantwoordelijkheid van buitenlandse autoriteiten,¹⁵⁵ door particulieren¹⁵⁶ of door een toezichthouder zoals de AFM.¹⁵⁷

Van deze ‘klassieke’ manier van denken over de toetsing van de rechtmatigheid van strafvorderlijke bewijsvergaring heb ik in het voorgaande getracht afstand te nemen. In plaats daarvan heb ik het onderwerp benaderd vanuit de vier geformuleerde grondbeginselen. Waar het bij de toetsing – kort gezegd – om gaat, is een faire en integere procedure te realiseren en, mede in het licht van een integere procedure, te waarborgen dat de behandelingsdimensie van de onschuldpresumptie en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer gelet op die procedure als geheel (dus vanaf vergaring tot en met het gebruik) is gewaarborgd. Het gaat dan ook om de vraag hoe kan worden gewaarborgd dat het proces van bewijsvergaring niet alleen fair maar ook integer is, gelet op de procedure als geheel en het concrete gebruik van het vergaarde materiaal. De behandelingsdimensie van de onschuldpresumptie en het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer spelen in de beoordeling van de integriteit van de procedure een rol. Ook schendingen van andere fundamentele rechten, zoals het in artikel 3 EVRM gewaarborgde recht op bescherming tegen een onmenselijke of vernederende behandeling, spelen een rol in de integriteitsbeoordeling. Alhoewel die rechten – anders dan de onschuldpresumptie en het

155 HR 5 oktober 2010, *NJ* 2011, 169, r.o. 4.4.1; Gerechtshof Den Haag 30 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1082 (bekrachtigd in cassatie: HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:578).

156 HR 10 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU7636, *NJ* 2012, 264, r.o. 2.4-2.5.2; HR 14 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AX7471, *NJ* 2007, 179, r.o. 3.9.

157 Reeds niet omdat toezichthouders van de AFM geen opsporingsambtenaren zijn en de officier van justitie aldus geen zeggenschap heeft over de uitoefening van bevoegdheden door de toezichthouders, ook al kan die uitoefening informatie opleveren die relevant is voor een strafvorderlijk onderzoek. Vgl. Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, p. 315.

recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer – hiervoor geen zelfstandige betekenis¹⁵⁸ zijn toegekend voor de concrete normering van de bewijsvergaring, kunnen schendingen van die rechten wel met zich meebrengen dat de menswaardige strafrechtstoepassing niet meer kan worden geborgd.¹⁵⁹ Dat is in strijd met het grondbeginsel van een integere procedure. Het beginsel van proportionaliteit moet ten slotte richting geven bij de integriteitsbeoordeling.

Een antwoord op de vraag wat dat heeft te betekenen voor de toetsende strafrechter, zou kunnen worden gevonden in de uitspraak van het HvJ van de EU van 17 december 2015. Het Hof beantwoordde een aantal prejudiciële vragen van de Hongaarse nationale rechter inzake een fiscale kwestie waarin navorderingsaanslagen en een tweetal boetes zijn opgelegd aan *WebMindLicenses Kft.*¹⁶⁰ Het gaat in die zaak om de doorwerking van de artikelen 7 en 8 Handvest wanneer het bewijs in een ander kader is vergaard dan het kader waarin het wordt gebruikt. Het ging in dit geval om bewijs dat door de nationale belasting- en douanediens is gebruikt en was vergaard in een parallelle, nog niet afgesloten strafrechtelijke procedure door het afluisteren

158 Fundamentele rechten als (bijvoorbeeld) gewaarborgd in de artikelen 2, 3, 5 en 10 EVRM betreffen net als de grondbeginselen universeel gedeelde rechten. Integratie is ook gebaat bij de gedeelde onderkenning en naleving van die rechten. Dat geldt voor samenwerkende autoriteiten in het algemeen. Deze rechten hebben echter geen specifieke betekenis die relevant is voor de integratie van bewijsvergaring over grenzen. Om die reden hebben zij in het door mij geschetste kader een plek als waarborgen voor een menswaardige strafrechtstoepassing en zijn zij relevant in het kader van de beoordeling van de integriteit van de procedure.

159 Schendingen van artikel 3 EVRM vanwege door marteling verkregen (getuigen)verklaringen leiden in de Nederlandse strafrechtspraak tot uitsluiting van het bewijs. Zie bijv. Gerechtshof Den Haag 30 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1082, r.o. 15.1.2 (bekrachtigd in cassatie: HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:578).

160 HvJ EU 17 december 2015 (*WebMindLicenses Kft.*), C-419/14.

van telefoongesprekken en de inbeslagname van e-mails. Het HvJ stelt vast dat het Unierecht zich niet verzet tegen gebruik van bewijzen die in een parallelle nog niet afgesloten strafprocedure zijn verkregen, mits daarbij het Unierecht en in het bijzonder het Handvest wordt geëerbiedigd.¹⁶¹ Dat betekent ingevolge het recht op een *effective remedy* als gewaarborgd in artikel 47 Handvest volgens het HvJ dat de instantie waarbij beroep is ingesteld tegen een beslissing van de belastingdienst 'gemachtigd is te controleren of de bewijzen uit een parallelle nog niet afgesloten strafprocedure waarop deze beslissing steunt, in deze strafprocedure zijn verkregen in overeenstemming met de door het Unierecht gewaarborgde rechten, of op zijn minst zich ervan kan vergewissen op basis van een toetsing die reeds door een strafgerecht is verricht in een procedure op tegenspraak, dat deze bewijzen zijn verkregen in overeenstemming met dat recht'.¹⁶²

Het HvJ verbindt daaraan bovendien de gevolgtrekking dat bij onrechtmatige vergaring (vanwege strijd met in het Handvest gewaarborgde rechten) of bij het ontbreken van controle op de rechtmatigheid van de vergaring het bewijs buiten beschouwing moet worden gelaten.¹⁶³ Ik zie daarvoor een alternatief, zoals ik hierna nog zal toelichten.

Wat betreft de waarborging van de persoonlijke levenssfeer, zo zagen we al, past zowel het EHRM als het HvJ de beoordeling toe op de gehele procedure, met inachtneming van het specifieke doel waarvoor de vergaring op dat moment plaatsvindt. Het HvJ past diezelfde lijn toe wat betreft het recht op een doeltreffende voorziening. Nu ook een integere procedure en de

161 HvJ EU 17 december 2015 (*WebMindLicenses Kft.*), C-419/14, par. 68.

162 HvJ EU 17 december 2015 (*WebMindLicenses Kft.*), C-419/14, par. 88.

163 HvJ EU 17 december 2015 (*WebMindLicenses Kft.*), C-419/14, par. 89.

proportionaliteit van het gebruik van in een ander kader vergaard bewijs vereisen dat bij bewijsvergaring over grenzen oog bestaat voor hetgeen aan weerszijden van die grenzen is gebeurd, kan ik mij goed vinden in die benadering. Alhoewel de *remedy* voor een concrete schending van het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer ook op een andere wijze kan worden geboden,¹⁶⁴ vereist integratie van de bewijsvergaring wél dat acht wordt geslagen op hetgeen zich bij de vergaring heeft afgespeeld. Zonder oog te hebben voor hetgeen over de grenzen van het eigen rechtsgebied of het eigen land plaatsvindt, kan immers niet worden beoordeeld of de integriteit van het proces en de proportionaliteit van het geheel zijn geborgd. Dat vergt aldus van de toetsende autoriteit aan wie het bewijs voorligt – of dat nu de strafrechter of de bestuursrechter is, de Nederlandse rechter of een buitenlandse – dat de wijze van vergaring in de betreffende procedure wordt beoordeeld. Dat geldt ongeacht de vraag of die vergaring heeft plaatsgevonden in het kader van het voorbereidend onderzoek en/of onder de verantwoordelijkheid van de officier van justitie: dus ook voor bewijs dat is vergaard door en onder verantwoordelijkheid van een bestuursrechtelijke of buitenlandse autoriteit.

Vertaald naar ons huidige systeem van toetsing van onregelmatigheden bij de bewijsvergaring op grond van artikel 132a Sv in relatie tot artikel 359a Sv, pleit dat voor een materiële benadering van de reikwijdte van het opsporingsbegrip. De omstandigheid dat het vergaarde bewijs een rol kan spelen bij het nemen van strafvorderlijke bevoegdheden, is beslissend en niet de formele bevoegdheid van opsporingsambtenaren (op grond van artikel 141 en 142 Sv) en/of het gezag van de offi-

164 Dat is in ieder geval tot nu toe de vaste lijn van het EHRM. Een alternatief is bijvoorbeeld een gang naar de civiele rechter.

cier van justitie (artikel 132a en 148 Sv).¹⁶⁵ Het conceptwetsvoorstel voor het ‘gemoderniseerde’ artikel 359a Sv lijkt ruimte te bieden voor deze materiële invulling. De beperking tot vormverzuimen begaan in het voorbereidend onderzoek is in het conceptwetsvoorstel komen te vervallen, waarmee onder meer is beoogd onrechtmatig handelen dat heeft plaatsgevonden buiten het voorbereidend onderzoek te normeren.¹⁶⁶

Of die toetsing in de praktijk ook kan worden uitgevoerd, zal afhangen van het feit of er voldoende transparantie kan worden geboden over de wijze van vergaring. Dat lijkt op dit moment niet altijd realiseerbaar, in het bijzonder niet waar het gaat om bewijs dat is vergaard door inlichtingen- of veiligheidsdiensten of door buitenlandse autoriteiten die geen behoefte hebben aan bemoeienis van buitenaf.¹⁶⁷ De toetsende rechter zal veelal afhankelijk zijn van de bereidheid van de betreffende autoriteit om de benodigde transparantie te bieden. Integratie van bewijsvergaringsmethodes vergt dus ook meer openheid naar elkaar over de wijze waarop methoden zijn toegepast.¹⁶⁸ Buitenlandse autoriteiten waarbij de samenwerking is gestoeld op een grote mate van vertrouwen in elkaars rechtsstelsels, bijvoorbeeld omdat de grondbeginselen voor bewijsvergaringsmethodes worden gedeeld, zullen daartoe eerder bereid zijn. Tegelijkertijd zullen, zeker waar het gaat om de methodes van inlichtingen- en veiligheidsdiensten, (gerechtvaardigde) geheimhoudingsplichten veelal in de weg staan aan

165 Vgl. Borgers 2011, p. 464-466.

166 Concept MvT Boek 4, p. 88-89.

167 Vgl. HR 15 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP7544, NJ 2012, 36, m.n.t. T.M. Schalken; Gerechtshof Amsterdam 25 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:915.

168 Vgl. M.F.H. Hirsch Ballin, ‘Informatie solidariteit bij terrorismebestrijding’, *NJB* 2016, 1342.

een toetsing door de strafrechter van de rechtmatigheid van die vergaring. In dat geval zal naar alternatieven moeten worden gezocht om te kunnen beoordelen of het gebruik van het vergaarde materiaal als bewijs in de strafzaak geen afbreuk doet aan de eerlijkheid en integriteit van het proces als een geheel en het gebruik van het bewijs in de strafzaak, in verhouding tot het doel van de vergaring, proportioneel is. Het in aanmerking nemen van bijvoorbeeld een machtiging van de Toetsingscommissie Inzet Bevoegdheden (TIB)¹⁶⁹ en/of een oordeel van de Commissie van toezicht op de inlichtingen- en veiligheidsdiensten (CTIVD)¹⁷⁰ over de rechtmatigheid van de vergaring door de AIVD, een beoordeling door de strafrechter van de vergaring door toepassing van de Wet afgeschermd getuigen of een procedure die vergelijkbaar is met de 8:29 Awb-procedure¹⁷¹ in het bestuursrecht, zouden in de proportionaliteitstoets kunnen worden betrokken.

4.4 SANCTIONERING VAN ONRECHTMATIGHEDEN

Vervolgens moet de vraag onder ogen worden gezien welke consequenties aan een dergelijke toetsing moeten worden verbonden. Volgens het HvJ in de zaak *WebMindLicenses Kft.* lijkt dit sanctionering door bewijsuitsluiting te moeten zijn indien op grond van die toetsing moet worden geconcludeerd dat het

169 Artikelen 32-26 WIV 2017.

170 Artikel 97 WIV 2017.

171 Op grond van artikel 8:29 lid 1 Awb kunnen partijen die verplicht zijn inlichtingen te geven dan wel stukken over te leggen, indien daarvoor gewichtige redenen zijn, de bestuursrechter mededelen dat uitsluitend hij kennis zal mogen nemen van de inlichtingen onderscheidenlijk de stukken. De bestuursrechter dient te beoordelen of beperking van de kennisgeving gerechtvaardigd is. Is dat het geval, dan dient de wederpartij toestemming te geven mede op grondslag van de betreffende stukken uitspraak te doen.

bewijs in strijd met in het Handvest gewaarborgde rechten is vergaard (het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer of de verdedigingsrechten).¹⁷² Die consequentie laat zich op dit moment niet verenigen met de wijze waarop volgens de Hoge Raad toepassing moet worden gegeven aan artikel 359a Sv.¹⁷³ Een schending van artikel 8 EVRM tijdens het opsporingsonderzoek zal in beginsel niet leiden tot sanctionering zonder dat de verdachte hierbij tevens in zijn recht op een eerlijk proces is geschaad.¹⁷⁴ Ook het EHRM vereist in geval van schending van artikel 8 EVRM geen sanctionering in de strafrechtelijke procedure door bewijssuitsluiting.¹⁷⁵

De vraag of, en zo ja, welke consequenties de toetsende strafrechter aan geconstateerde onrechtmatigheden moet verbinden, gelet op de daarmee te dienen doelen, is een van de meest besproken onderwerpen in de strafrechtelijke literatuur.¹⁷⁶

172 HvJ EU 17 december 2015 (*WebMindLicenses Kft.*), C-419/14, par. 89.

173 En overigens evenmin met de wijze waarop de Nederlandse bestuursrechter omgaat met de sanctionering van bewijs dat in strijd met het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer is vergaard, namelijk aan de hand van de vraag of het gebruik ervan 'zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht'. Zie bijv. HR 20 maart 2015, ECLI:NL:HR:2015:643; ABRvS 21 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3383, r.o. 9.1.

174 Zie: Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, XVI.12; zie bijv. HR 3 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV7438.

175 M.J. Borgers, 'De toekomst van artikel 359a Sv', *DD* 2012, 25. En zie: EHRM 12 mei 2000 (*Kahn v. Verenigd Koninkrijk*), app. no. 35394/97, NJ 2002, 180 m.nt. Schalken.

176 Zie bijv. M.C.D. Embregts, *Uitsluitel over bewijssuitsluiting. Een onderzoek naar de toelaatbaarheid van onrechtmatig verkregen bewijs in het strafrecht, het civiele recht en het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2003; A.A. Franken, *Voor de vorm* (oratie Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004; Borgers 2012; R. Kuiper, *Vormfouten. Juridische consequenties van vormverzuimen in strafzaken* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014; J.S. Nan & D. Bektesevic, 'Structurele vormverzuimen: een structureel probleem?', *DD* 2017, 22; M. Samadi, 'Het toezicht op de strafvorderlijke overheid: een modern artikel 359a Sv?', *Platform Modernisering Strafvordering* 2018-6.

Daarbij staat over het algemeen de vraag centraal of buiten het waarborgen van het recht op een eerlijk proces er ruimte (en zo ja hoeveel) moet bestaan om onrechtmatigheden te sanctioneren. Die discussie wordt gevoerd langs de lijnen van het belang van de materiële waarheidsvinding enerzijds en argumenten die verband houden met de bescherming van de fundamentele rechten van met name de verdachte, zoals het door Ashworth voorgestane ‘*protective principle*’,¹⁷⁷ anderzijds. Bewijsvergaring over grenzen betekent ook dat er goede argumenten bestaan om het dilemma van de sanctionering op een andere wijze te gaan benaderen. De grondbeginselen van een integere procedure, het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en proportionaliteit geven daarbij de in paragraaf 3 beschreven richting.

Ik zie, op grond van die beginselen, twee mogelijkheden. De eerste is dat de rechter die de rechtmatigheid van de vergaring van het bewijsmateriaal toetst omdat het in de aan hem voorliggende procedure als bewijs wordt gebruikt, onrechtmatigheden sanctioneert die raken aan de integriteit van de procedure en aldus aan de menswaardige strafrechtstoepassing. Daaronder moeten onherstelbare schendingen van het recht op een eerlijk proces en ongerechtvaardigde inbreuken op het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer worden begrepen.¹⁷⁸ Het beginsel van

177 A.J. Ashworth, ‘Excluding Evidence as Protecting Rights’, *Crim LR* 1977, 723. Zie hierover ook vanuit een recenter perspectief: P. Roberts, ‘Excluding Evidence as Protecting Constitutional or Human Rights?’, in: L. Zedner & J.V. Roberts, *Principles and Values in Criminal Law and Criminal Justice*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 171-190. Als argumenten vóór sanctionering worden In Nederland het reparatieargument (het door de overheid behaalde ‘oordeel’ wordt gerepareerd), het demonstratieargument (ter demonstratie van het gezag van het recht) en het effectiviteitsargument (sanctionering draagt bij aan voorkoming in de toekomst) genoemd. Zie: Corstens/Borgers & Kooijmans 2018, XVI.12.

178 Dus ook schendingen van artikel 8 EVRM (en 7 en 8 Handvest) indien daarbij niet tevens het recht op een eerlijk proces is geschonden.

proportionaliteit geeft richting aan het bepalen van de gepaste sanctionering, waarbij ook acht dient te worden geslagen op eventuele sancties die in het kader van een andere procedure al zijn opgelegd. De tweede is dat in beginsel en in de eerste plaats een andere onafhankelijke toezichthoudende instantie verantwoordelijk is voor de sanctionering van onrechtmatigheden bij bewijsvergaring en bijvoorbeeld schadevergoedingen kan uitkeren en/of disciplinaire of tuchtmaatregelen kan treffen. Daarbij moet erop worden gelet dat sanctionering *buiten* de strafrechtelijke procedure niet alleen plaatsvindt indien het bewijs is vergaard door de strafvorderlijke opsporingsautoriteiten, maar ook indien het bewijs is vergaard door andere instanties. Het voordeel van deze benadering is dat de wijze van bewijsvergaring ook voorligt op het moment dat dat bewijs in het geheel niet wordt gebruikt in een procedure. Een tweede voordeel is dat wordt voorkomen dat de lastige afweging tussen sanctionering van onrechtmatigheden en het belang van de materiële waarheidsvinding en (geïntegreerde) rechtshandhaving ertoe leidt dat een *remedy* ter zake van onrechtmatige bewijsvergaring in de praktijk onvoldoende kan worden geboden.

Ter illustratie van het laatstgenoemde dilemma wijs ik op de strafzaak van Michael P., die op 17 juli 2018 is veroordeeld door de rechtbank Midden-Nederland tot 28 jaar gevangenisstraf en TBS voor het verkrachten en doden van Anne Faber.¹⁷⁹ De rechtbank stelde in die zaak vast dat bij de aanhouding van Michael P. is gehandeld in strijd met het absolute verbod op foltering of onmenselijke of vernederende behandelingen of bestraffingen als neergelegd in artikel 3 EVRM en artikel 29 Sv. Dit betreffen onherstelbare vormverzuimen, maar de rechtbank

179 Rb. Midden-Nederland 17 juli 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:3330. Tegen het vonnis is door Michael P. hoger beroep ingesteld.

verbindt hieraan geen consequenties. Reden daarvoor is dat de vormverzuimen niet afdoen aan de eerlijkheid van het proces. Ook houdt de rechtbank rekening met de mogelijkheden voor compensatie in het civiele recht in de vorm van een schadevergoeding. De publieke opinie zal ongetwijfeld zijn dat een verdachte van zulke ernstige feiten geen voordeel mag ervaren van onrechtmatigheden die in het opsporingsonderzoek hebben plaatsgevonden, ook niet als hij zelf van die onrechtmatigheden nadeel heeft ondervonden in zijn strafproces. En inderdaad: niet-ontvankelijkverklaring van het OM of strafforkorting zou geen recht doen aan de ernst van deze feiten en het gevaar dat Michael P. voor de samenleving vormt. Een ander kader voor de gewenste compensatie en terechtwijzing voor het ongeoorloofde optreden van de politie komt in dergelijke gevallen wenselijker voor.¹⁸⁰

De tweede mogelijkheid betekent overigens niet dat sanctionering in de strafrechtelijke procedure in het geheel niet meer aan de orde kan zijn. Het huidige stelsel, waarin de schending van het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de beoordeling vooropstaat,¹⁸¹ kan daarnaast blijven bestaan. Dat zal ook nodig zijn, omdat sanctionering van onrechtmatige bewijsvergaring buiten het strafvorderlijk kader niet kan bijdragen aan het in de strafrechtelijke procedure te waarborgen eerlijke proces. Hiervoor is al toegelicht dat de integriteit van de gehele procedure zelfstandige betekenis heeft en als grondbeginsel moet worden gewaarborgd. Dat betekent ook dat die integriteit in de

180 Daarvoor lijkt ook de rechtbank te voelen gelet op de verwijzing naar alternatieven voor compensatie in het civiele recht.

181 Zie HR 30 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AM2533, *NJ* 2004, 376, r.o. 3.5, waarin de Hoge Raad overweegt dat bij de in aanmerking te nemen factor 'het nadeel dat door het verzuim wordt veroorzaakt' (art. 359a lid 2 Sv) van belang is of en in hoeverre de verdachte door het verzuim daadwerkelijk in zijn verdediging is geschaad. Zie voorts: HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, *NJ* 2013, 308, r.o. 2.4.2.

beoordeling moet worden meegenomen. Ook daarvoor lijkt het huidige systeem van sanctionering ruimte te bieden, alhoewel de integriteit als maatstaf in de rechtspraak niet zo duidelijk naar voren komt.¹⁸² Waar het uiteindelijk om zal gaan, is dat coherentie wordt gerealiseerd. Het sanctioneringsstelsel als geheel moet op een proportionele wijze recht doen aan onrechtmatige bewijsvergaring, ook als die vergaring heeft plaatsgevonden over de grens van het strafrecht of het land.¹⁸³ Dat kan dus ook betekenen dat *omdat* reeds op andere wijze is gesanctioneerd, een sanctie in de strafrechtelijke procedure kan uitblijven, en vice versa.¹⁸⁴

Die tweede mogelijkheid sluit ook aan bij de voorgenomen wijze van sanctionering van onrechtmatige bewijsvergaring in het gemoderniseerde Wetboek van Strafvordering. Het primaat van de sanctionering zal blijken de memorie van toelichting bij het conceptwetsvoorstel dienen te liggen bij de mogelijkheid tot vergoeding van schade in verband met (on)rechtmatig

182 Daarop wijst bijvoorbeeld de sanctionering van zeer ingrijpende inbreuken op grondrechten en structurele vormverzuimen, zoals door de Hoge Raad aangewezen werd geacht in HR 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, NJ 2013, 308, r.o. 2.4.5 en 2.4.6, of de uitsluiting van door marteling verkregen getuigenverklaringen van het bewijs in Gerechtshof Den Haag 30 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1082, r.o. 15.1.2 (bekrachtigd in cassatie: HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:578) en het criterium van aantasting van de 'integriteit en beheersbaarheid van de opsporing' (dat is dus wat anders dan het gehele proces) dat grond kan geven voor niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie, zie bijv. HR 9 januari 2018, ECLI:NL:HR:2018:18, r.o. 2.3.2 en 2.3.3.

183 In die zin ook Borgers 2012. Borgers bepleit ter realisatie van een integrale kwaliteitscontrole aandacht voor alternatieven voor artikel 359a Sv en voor de mogelijkheden om artikel 359a Sv alsmede die alternatieven te integreren in een systeem waarin langs verschillende routes en in diverse modaliteiten kan worden gereageerd op vormverzuimen. Een restrictieve toepassing van artikel 359a Sv (zoals thans plaatsvindt) is eerst en vooral verdedigbaar indien de bewaking van de opsporing anderszins is gewaarborgd, aldus Borgers.

184 Vgl. Borgers 2012.

strafvorderlijk overheidsoptreden, terwijl de in het wetboek geregelde processuele sancties niet langer zijn neergelegd als een bevoegdheid voor de rechter maar tevens voor officieren van justitie, andere ambtenaren van het OM en opsporingsambtenaren. Voorts wordt in de memorie van toelichting gewezen op alternatieven voor sanctionering zoals het treffen van disciplinaire maatregelen.¹⁸⁵ De strafrechter die een onrechtmatigheid in de bewijsvergaring constateert, zal zich dus rekenschap moeten geven van mogelijke sanctionering via een van deze alternatieve routes en beoordelen of sanctionering in de strafzaak daarnaast als proportioneel moet worden beschouwd.¹⁸⁶ Integratie van de fase van bewijsvergaring vereist bovendien dat de strafrechter in de beoordeling betreft of in andere kaders sprake is geweest van sanctionering van onrechtmatigheden.

Overigens lijkt de voorgestelde regeling in het conceptwetsvoorstel ook ruimte te bieden voor de eerstgenoemde mogelijkheid. Het toe te passen criterium – dat als een ‘richtsnoer’ zal moeten gaan gelden – is ‘het belang van een goede rechtsbedeling’.¹⁸⁷ Gezegd zou kunnen worden dat een coherente normering van bewijsvergaring wijst op een goede rechtsbedeling. Dat kan, als gezegd, ook betekenen dat, bij gebreke van alternatieven, schendingen van het recht op de persoonlijke levenssfeer worden gesanctioneerd omdat het ontbreken van die

185 Concept MvT bij Boek 4, p. 87-88.

186 Vgl. Kuiper 2014, p. 67-71. Ook Kuiper pleit voor proportionaliteit (evenredigheid) als leidend criterium voor de inzet van de controlerende taak van de strafrechter bij het verbinden van rechtsgevolgen aan vormverzuimen. Dat eist volgens hem aandacht ‘voor het bestaan van uiteenlopende zwaarwegende belangen, duidelijkheid over de doeleinden die de strafrechter nastreeft en oog voor de effectiviteit van de middelen waarmee hij dat doet.’ Daarnaast wijst ook Kuiper erop dat evenredigheid aandacht vereist voor alternatieven voor sanctionering in het strafproces.

187 Zie Concept MvT Boek 4, p. 90-93.

sanctionering in de weg zal staan aan het realiseren van een integere procedure (ook als die procedure wel eerlijk is in de zin van artikel 6 EVRM).

4.5 CONCLUSIE

Integratie van de aanpak van criminaliteit en maatschappelijke veiligheidsproblematiek vergt ook integratie in de fase van bewijsvergaring. Fragmentatie van de normering staat een daadwerkelijk geïntegreerde aanpak in de weg. Normatieve integratie van strafrechtelijke bewijsvergaring kan worden bereikt op basis van de grondbeginselen die zijn verbonden aan de menswaardige toepassing van het strafprocesrecht. In deze paragraaf heb ik een aanzet gegeven voor de wijze waarop die integratie praktisch vorm kan krijgen. Dat heb ik gedaan op drie punten (bevoegdheid, controle en verantwoording door sanctionering) waarvoor integratie in ieder geval nodig is. Het is van belang bij de concretisering van deze en andere punten acht te slaan op de knelpunten die zich in de praktijk (zowel in de fase van vergaring als in de fase van het gebruik) voordoen wanneer bewijs over grenzen moet worden vergaard.

Normatieve integratie van de bewijsvergaring betekent, gerecapituleerd, in ieder geval het volgende:

- Ten tijde van zowel de vergaring als het gebruik moet er oog zijn voor het geheel. De verantwoordelijkheid zowel van de bewijsvergarende autoriteit als van de daarop toezicht houdende rechter reikt over de grenzen van het eigen rechtsgebied en het eigen land heen.
- Integratie van de fase van bewijsvergaring met inachtneming van de genoemde grondbeginselen is een investering in het onderlinge vertrouwen tussen samenwerkende autoriteiten

in binnen- en buitenland. Initiatieven tot extraterritoriale inzet van (digitale) methoden van bewijsvergaring, zoals voorzien in de Wet computercriminaliteit III, kunnen hierdoor op meer bijval rekenen. De internationale samenwerking zal er bovendien door kunnen worden versoepeld.

- Integratie van aanpak betekent ook onderlinge afstemming. In de onderzoeksfase dient de inzet van bevoegdheden te worden afgestemd om de proportionaliteit ervan, ook bij parallelle inzet, te waarborgen. Het ligt daarnaast voor de hand dat, met het oog op het realiseren van een coherent en evenredig geheel, pas na de fase van bewijsvergaring de best passende reactie(s) word(t)(en) gekozen. Dit betekent dat reeds tijdens de bewijsvergaring op een breder scala aan reacties zal moeten worden geanticipeerd.
- Het bereiken van geïntegreerde normering vraagt om een andere benadering dan de thans in het Nederlandse strafprocesrecht geldende voor toetsing van de rechtmatigheid van de bewijsvergaring. Op grond van de grondbeginselen die transnationale erkenning genieten en doorwerken naar strafrechtelijke bewijsvergaring over de grenzen van het strafrecht heen, moet de toetsing betrekking hebben op de gehele procedure. Bij de toetsing dient acht te worden geslagen op wat zich bij die vergaring over de grenzen van het rechtsgebied of het eigen territoir heen heeft afgespeeld.
- Bij die toetsing staat ter beoordeling of de procedure als geheel als integer kan worden aangemerkt en of het (eventuele) gebruik van het betreffende bewijs in de betreffende procedure proportioneel is. Bij de beoordeling van de integriteit dient ook het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer te worden betrokken.

- Voor de sanctionering van onrechtmatigheden die door de strafrechter worden vastgesteld, zie ik twee mogelijkheden, waarbij mijn voorkeur uitgaat naar mogelijkheid 2:
 1. De (straf)rechter die de rechtmatigheid toetst, verbindt hieraan ook consequenties. Indien de onrechtmatige vergaring raakt aan de integriteit van het proces, dient dit op proportionele wijze te worden gesanctioneerd.
 2. Toetsing en sanctionering door een onafhankelijke toezichthoudende instantie staan voorop. Daarnaast moet er ruimte bestaan voor sanctionering door de strafrechter als het bewijsmateriaal in het strafproces wordt gebruikt. Ook nu geldt dat het blikveld moet zijn gericht op de procedure als geheel. Dit geldt zowel bij de toetsing als bij de beoordeling of consequenties moeten worden verbonden aan onrechtmatigheden, gelet op eventuele andere routes. Bovendien dienen onrechtmatigheden die op onherstelbare wijze raken aan de integriteit van het proces, hoe dan ook tot consequenties te leiden in de strafzaak. Een menswaardige strafrechtstoepassing kan anders immers niet meer worden gerealiseerd. Door deze benadering wordt voorkomen dat onrechtmatigheden bij de bewijsvergaring (over de grens) de realisatie van een accurate en ook voor het slachtoffer en de samenleving menswaardige strafrechtstoepassing belemmeren. Tot slot kan door sanctionering via een andere route voorop te stellen worden bereikt dat de bewijsvergaring ook ter beoordeling staat wanneer het bewijs niet wordt gebruikt voor de oplegging van een straf, bestuurlijke (punitieve) sanctie of maatregel.

5 SLOT

In dit betoog over grondslagen voor geïntegreerde normering van strafrechtelijke bewijsvergaring hebben drie uitgangspunten centraal gestaan:

1. Voorwaarde voor het realiseren van een integrale aanpak van criminaliteit en maatschappelijke onveiligheid is de integratie van de normering. De aandacht gaat op dit moment steeds meer uit naar het realiseren van die integratie waar het gaat om het gehele pakket van opgelegde sancties en maatregelen, maar nog te weinig naar geïntegreerde normering van de bewijsvergaring. Omdat bewijs volop over grenzen wordt vergaard terwijl de normering gefragmenteerd blijft en daarmee achterloopt, is een ander perspectief op die normering urgent.
2. Normatieve integratie kan slechts ten volle worden gerealiseerd als die wordt gebaseerd op transnationaal gedeelde fundamentele waarden die op grond van rechtsvergelijkend onderzoek worden vastgesteld en geduid.
3. Wanneer bewijs over grenzen wordt vergaard en (mogelijk) gebruikt in strafzaken, dient door normering van de bewijsvergaring een menswaardige strafrechtstoepassing te worden gewaarborgd. Voor geïntegreerde normering van de bewijsvergaring betekent dit dat de procedure in haar geheel als integer moet kunnen worden aangemerkt. Het betekent voorts dat ook bij bewijsvergaring over grenzen de behandelingsdimensie van de onschuldpresumptie bescherming biedt tegen behandeling als schuldige. De beoordeling of het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer is gewaarborgd, strekt zich uit tot de gehele procedure van

vergaring tot en met gebruik. Tot slot geeft het beginsel van proportionaliteit sturing bij normering en concrete toepassing: het is een opdracht om consistent de proportionaliteit van het geheel in acht te nemen.

In deze rede heb ik een voorschot genomen op de concrete implicaties van deze drie uitgangspunten voor de normering in het strafprocesrecht. Integratie vereist vanzelfsprekend dat die aandacht ook uitgaat naar de implicaties voor de normering in het bestuursrecht, in het nationale veiligheidsrecht en bij de transnationale samenwerking en naar de onderlinge verhouding tussen die implicaties in de verschillende rechtsgebieden. Dat staat dan ook op mijn agenda voor de toekomst, net als nader rechtsvergelijkend onderzoek naar de universeel gedeelde beginselen voor menswaardige strafrechtstoepassing.

Er is bovendien nog meer wat aandacht verdient bij de overdenking van een geïntegreerd normatief kader voor bewijsvergaring. Onderzoek is nodig naar de wijze waarop het gebruik van *big data* om gedetailleerde profielen vast te stellen en *predictive policing* op basis van dergelijke profielen op een passende wijze kan worden genormeerd.¹⁸⁸ De in deze rede geformuleerde grondbeginselen zullen ook in dat onderzoek voorop moeten staan. Hetzelfde geldt voor de normering van digitale onderzoeksbevoegdheden en, in het bijzonder, de mogelijkheden en toenemende noodzaak hiermee bewijs te vergaren dat zich elders in de wereld – in cyberspace – bevindt.¹⁸⁹ Tot slot wijs ik op de

188 Vgl. WRR 2016; A. Das & M. Schuilenburg, 'Predictive policing: waarom bestrijding van criminaliteit op basis van algoritmen vraagt om aanpassing van het strafprocesrecht', *Strafblad* 2018, afl. 4 (nog te verschijnen).

189 Vgl. Commissie modernisering opsporingsonderzoek in het digitale tijdperk, *Regulering van opsporingsbevoegdheden in een digitale omgeving*, 2018; J. Kleijssen & P. Perri, 'Chapter 7. Cybercrime, Evidence and Territoriality:

behoefte aan onderzoek naar normering van het gebruik van bewijs dat bijvoorbeeld door militairen, particuliere beveiligers of ngo's is vergaard.¹⁹⁰ Al deze onderwerpen, die moeten worden gesitueerd in de fase van de bewijsvergaring, spelen een rol in de integratie van de aanpak van criminaliteit en maatschappelijke onveiligheid in een geglobaliseerd en gedigitaliseerd tijdperk.

Deze onderwerpen zijn bij uitstek *Law in Action*, de benaderingswijze van het recht aan deze faculteit waarbij de maatschappelijke implicaties van het recht centraal worden gesteld. Het strafrecht moet worden begrepen in de context van nationale en internationale economische, technologische en sociale ontwikkelingen, in wisselwerking met andere rechtsgebieden. Ik voel mij dan ook zeer thuis aan deze universiteit en haar Faculteit der Rechtsgeleerdheid. Ik zie ernaar uit, in samenwerking met mijn collega's van de afdeling Strafrecht en Criminologie en ook over de grenzen van de afdelingen heen, maatschappelijk relevante onderwerpen als de vandaag behandelde in het onderzoek ter hand te nemen. Daarmee hoop ik de strafrechtstoepassing daadwerkelijk een stap verder te brengen en bij te dragen aan een

Issues and Options', in: W. Werner & M. Kuijer (red.), *The Netherlands Yearbook of International Law 2016. The Changing Nature of Territoriality in International Law*, Den Haag: T.M.C. Asser Press 2017, p. 147-173; B.J. Koops, Ch. Conings & F. Verbruggen, *Zoeken in computers naar Nederlands en Belgisch recht. Welke plaats hebben 'digitale plaatsen' in de systematiek van opsporingsbevoegdheden?*, Preadvies voor de jaarvergadering van de Nederlands-Vlaamse Vereniging voor Strafrecht 2016, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2016; Hirsch Ballin 2018.

190 Zie in dit verband bijvoorbeeld de bewijsoverwegingen van het Gerechtshof Den Haag inzake deelname aan de terroristische organisatie LTTE (Tamil Tijgers) ten aanzien van onder meer door militairen vergaard bewijs en documentbewijs dat in beslag is genomen door de Sri Lankaanse autoriteiten, Gerechtshof Den Haag 30 april 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1082, r.o. 9.2 (en ook r.o. 8.2.3.3) (bekrachtigd in cassatie: HR 4 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:578).

stevige verankering van een rechtvaardig en menswaardig strafrecht in een maatschappij waarin naar elkaar wordt omgezien.

Mijnheer de Rector Magnificus, gewaardeerde toehoorders, ik sluit af met een woord van dank. Die dank gaat in de eerste plaats uit naar het College van Bestuur van de Vrije Universiteit Amsterdam en het bestuur van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid voor het in mij gestelde vertrouwen.

Hooggeleerde Stevens, beste Lonneke, ik prijs mij zeer gelukkig met jou als mijn directe collega. Het maakt mij trots dat wij samen, twee geboren en getogen Brabantse vrouwen, samen met de andere leden van de sectie wetenschappelijk mogen bijdragen aan de strafrechtsontwikkeling vanuit het VU-perspectief: de ambitie om bij te dragen aan een betere wereld. Daarvoor zullen we ons naar beste vermogen inzetten.

Beste collega's van de afdeling Strafrecht en Criminologie, het is een genoegen in jullie midden werkzaam te mogen zijn. Ik ben getroffen door de veelzijdigheid van jullie talenten en van het onderwijs en onderzoek, waarin het maatschappelijke en praktische belang zo duidelijk vooropstaat. Jullie zijn daarenboven enthousiast en loyaal, collega's die het leuk hebben met elkaar en met veel positieve energie bezig zijn met ons vak. Bijzonder erkentelijk ben ik jullie voor de warme wijze waarop jullie mij sinds januari in jullie midden hebben opgenomen en mij hebben geholpen opnieuw wegwijs te worden in de universitaire wereld. Die erkentelijkheid geldt in het bijzonder voor Bas de Wilde.

Vandaag sprak ik veel over integratie. De integratie van het criminologisch en strafrechtelijk onderwijs en onderzoek binnen onze afdeling heeft zich reeds verwezenlijkt. Ik zie ernaar uit, in het bijzonder in de context van ons Center for International Criminal Justice, om samen te werken aan gezamenlijke interesses, zoals de bestrijding van terrorisme en cybercrime. In

de persoonlijke omgang heeft integratie inmiddels zelfs plaatsgemaakt voor harmonie: gebroederlijk delen wij de flexplekken op onze 'vlek' op de derde verdieping van het Initium.

Studenten, ik zie ernaar uit met jullie in discussie te gaan over de maatschappelijke vraagstukken waarin het strafrecht een rol speelt. Van de gedachtewisseling met jullie over de rol en positie van het strafrecht in verband met internationale ontwikkelingen, andere rechtsgebieden en andere disciplines hoop ook ik samen met jullie te kunnen leren.

Hooggeleerde Franken en hooggeleerde Vervaele, mijn promotoren, ieder op jullie eigen manier zijn jullie mijn leermeesters en bronnen van inspiratie. Kwaliteit, oog voor medemenselijkheid en de (verdere) wereld om ons heen hebben daarbij altijd vooropgestaan. Ik waardeer jullie steun, ook nadat ik het Willem Pompe Instituut had verlaten voor de landsadvocatuur, zeer.

Beste oud-kantoorgenoten van Pels Rijcken, het doet mij enorm goed dat jullie hier aanwezig zijn. De ruim zes jaren dat ik als advocaat van jullie kantoor heb mogen deel uitmaken, zijn voor mij zeer belangrijk geweest en hebben eraan bijgedragen dat ik hier nu sta. De opgedane kennis en de bijzondere ervaring van de strafrechtelijke landsadvocatuur in samenwerking met het bestuursrecht en het privaatrecht hebben van mij een betere wetenschapper gemaakt. Reimer Veldhuis en Cécile Bitter, die mij daarbij de meeste sturing hebben gegeven en wier persoonlijke nabijheid veel voor mij betekent, noem ik daarbij in het bijzonder.

Lieve broer, schoonmoeder, schoonzussen, familie, schoonfamilie en vrienden, jullie betrokkenheid is voor mij van grote waarde en steun. Dank dat jullie de bijzondere gebeurtenis vandaag samen met mij beleven.

Lieve ouders, jullie zijn mij en ons gezin altijd zeer nabij. Het hebben van jullie vertrouwen geeft moed en inspiratie. Jullie

leveren er een belangrijke bijdrage aan dat het voor ons mogelijk is te doen wat we doen. Dat betekent veel voor ons en daarvoor ben ik jullie zeer dankbaar.

De meeste dank gaat uit naar mijn allerliefsten: mijn lieve Thomas, en onze lieve zonen Frederik en Pieter, op wie wij zo trots zijn. Het geluk het leven met jullie te kunnen delen gaat boven alles. Het is de grootste en belangrijkste steun die deze hoogleraar zich kan wensen. We doen het allemaal samen.

Ik heb gezegd.